Erl. 4(5)

Die Stellung des zum Vorerben eingesetzten überlebenden Ehegatten gegenüber einem zum Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfte, insbesondere die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Becht

aus Mainz.

ACAD. LIBRARY

Approbiert am 3. Februar 1911.

Kirchhain N.-L.
Buchdruckerei für fremde Sprachen Max Schmersow.
1911.

151

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann

Meinem väterlichen Freunde

Herrn Clemens Rühl

in aufrichtiger Verehrung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543501_0085

Inhalt.

Einleitung.

Gliederung des Stoffes . . . . . § 1

I. Hauptstück.

Die Stellung des überlebenden Ehegatten als Vorerben bis zum Falle der Nacherbfolge den Nacherben gegenüber.

A. Die Verwaltungsmacht des überlebenden Ehegatten . . . . . § 2

B. Die Verfügungsbeschränkungen des überlebenden Ehegatten.

1. Begriff der Verfügung . . . . . § 3
2. Bestimmung zur Verhütung von Verfügungen des überlebenden Ehegatten.
   a) Sicherung von Wertpapieren und Anlegung von Geld § 4
   b) Die Inventurpflicht des überlebenden Ehegatten . . § 5
   c) Die Auskunftserteilung . . . . . § 6
   d) Die Sicherheitsleistung . . . . . § 7
3. Bestimmungen zum Schutz gegen bereits getroffene Verfügungen.
   a) Verfügungen über Grundstücke und Rechte an solchen, sowie unentgeltliche Verfügungen . . . . . § 8
   b) Schutz des gutgläubigen Dritten . . . . . § 9

II. Hauptstück.

Die Stellung des überlebenden Ehegatten als Vorerben den Gläubigern gegenüber.

A. Nach bürgerlichem Rechte.

1. Allgemeines . . . . . § 10
2. Die Inventarerrichtung und die unbeschränkte Haftung . § 11
3. Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger . . . . . § 12
4. Haftung des überlebenden Ehegatten gegenüber den persönlichen Gläubigern . . . . . § 13

B. Nach Handelsrecht . . . . . § 14
I. Die Voraussetzungen der Haftung nach § 27 . . . . . § 15
1. Handelsgeschäft eines Vollkaufmannes . . . . . § 16
2. Ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft . . . § 17
3. Das Geschäft muß als Ganzes erworben und als solches fortgesetzt werden . . . . . § 18
4. Fortführung durch den Erben . . . . . § 19
II. Die objektiven Grenzen der nach § 27 HGB unbeschränkten Haftung (Begriff der früheren Geschäftsverbindlichkeiten) . § 20
III. Die Haftung
A. Bei Fortführung ohne die Firma . . . . . § 21
B. Bei Fortführung unter der alten Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz . . § 22
1. Die Grundsätze.
2. Der Wirkungsgrad der Haftung.
a) Die Frage der Anwendbarkeit des § 25 Abs. 2 auf den § 27 HGB . . . . . § 23
b) Die Grenzen dieser Anwendung . . . . . § 24
3. Die Einstellungsfrist.
a) Der Begriff der Einstellung . . . . . § 25
b) Wirksamkeit der vom überlebenden Ehegatten während des spatium deliberandi vorgenommenen Rechtsgeschäfte . . . . . § 26
c) Der Lauf der Frist . . . . . § 27
IV. Die praktischen Folgen der Haftung . . . . . § 28

III. Hauptstück.

Der Fall der Nacherbfolge und seine Wirkungen.

A. Die Herausgabepflicht des überlebenden Ehegatten . . . . . § 29
B. Die Haftung der Nacherben . . . . . § 30
I. Die Haftung bei Fortführung unter der alten Firma . . § 31
II. Die Haftung bei der Fortführung unter einer neuen Firma § 32

Literaturverzeichnis.

Baron, Das Erbrecht des Entwurfes im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 75 S. 237 ff.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes 1886.

BGB. von RG-R., Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten 1910.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach deutschem BGB. 1903.

— „Der Gegenstand" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 59 S. 1 ff.

Boehm, Das Erbrecht des BGB. 1900.

Bolte, In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 51.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes 1910 („HR").

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 1904 („BGB.").

Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 5 1905.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 1908.

Deutsche Juristenzeitung.

Endemann, Lehrbuch des Handelsrechtes 1887. („HR").

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 1899 (bürg. R.).

— Handbuch des deutschen See-, Handels- und Wechselrechtes 1881—85.

Entscheidungen des Reichsgerichtes („RG").

Entscheidungen der Oberlandesgerichte („OLG").

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes („ROHG").

Frank, Die Vererbung des Handelsgeschäftes Erl. Diss. 1905.

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht (Lehrbuch) 1903.

Goldmann, In der Festgabe für Wilke, Berlin 1900.

— Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897; 1901.

Gruner, Die erbrechtliche Schuldenhaftung bei der Nacherbfolge nach dem BGB. Freib. Diss. 1904.

Hachenburg, Studien zum Erbrecht. Heft 1: Die Einsetzung eines Nacherben („Studien").

— Vorträge: Das BGB. für das Deutsche Reich 1900 („Vorträge").

Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB 3. A.

Händel, Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 HGB Leipz. Diss. 1906.

Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte 1899.

Jacusiel, Nutzungsrechte (Nießbrauch, ehemännliche und elterliche Nutznießung) am Handelsgeschäft 1906.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht 1898.

Isay, Das Recht am Unternehmen 1910.

Juristische Wochenschrift (JW).

KGJ, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichtes in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Kosten-, Stempel- und Strafsachen von Johow & Ring.

Kiekebusch, Die Haftung des Erben für die Handelsschulden des Erblassers. Greifsw. Diss. 1900.
Kreß, Die Erbengemeinschaft.
Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfes.
Küntzel, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 41 S. 591 ff.
Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich 1902.
Mackower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar 12. A.
Meickel, Verfügungen des Vorerben und GBO § 41 im „Recht" 1905 S. 183 ff.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB.
Meyer, Das Erbrecht des BGB. für das Deutsche Reich 1904.
Perrin, Das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben nach dem BGB. Jena Diss. 1901.
Pinner, Die Vererbung eines Handelsgeschäftes unter besonderer Berücksichtigung des Prinzipien für die Erbenhaftung nach BGB. und HGB. Rost. Diss. 1901.
Pisco, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 5 1908.
— (Bezirksnotar) in Württ. Z. Fr. G. (Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg) 1905.
„Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Regelsberger, Über die Haftung des Firmeninhabers usw. in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 14.
Salinger, Die Nacherbfolge nach dem BGB. im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 138 ff.
Schulteß, Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 HGB. Leipz. Diss. 1903.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich Bd. I 1901.
Sohm, Der Gegenstand 1905.
— „Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung" im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28 S. 173 ff.
Staub, Kommentar zum HGB 8 A.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 3/4 A. 1909.
Stegemann, Die Vererbung des Handelsgeschäftes 1903.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. 1904.
Thiessing, Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 94 S. 233 ff.
Vorbeck, Das Vermächtnis des Nießbrauches an einem Erwerbsgeschäft. Rost. Diss. 1903.
Wilutzky, Die Verfügungen des BGB. im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28 S. 53 ff.
Wolffgarten, Der Schutz der Nacherben gegen Verfügungen des nicht befreiten Vorerben, sowie Dritter über Gegenstände der Vorerbschaft nach heutigem bürgerlichen Recht. Leipz. Diss. 1907.
Württ. Z. Fr. G., Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.

Einleitung.

§ 1.

Gliederung des Stoffes.

Bei der Darstellung der Stellung des zum Vorerben eingesetzten überlebenden Ehegatten gegenüber einem zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäfte ist es zweckmäßig, zunächst die Stellung des überlebenden Ehegatten vor dem Falle der Nacherbfolge zu beleuchten. Hierbei ist seine Stellung den Nacherben und den Geschäftsgläubigern gegenüber gesondert zu untersuchen; denn die Stellung den Nacherben gegenüber regelt sich nach rein erbrechtlichen Grundsätzen, während in bezug auf die Stellung gegenüber den Geschäftsgläubigern die bürgerlichrechtlichen Vorschriften durch Sonderbestimmungen des Handelsgesetzbuches eine Reihe einschneidender Abänderungen erfahren, die durch die Eigenart des Erbschaftsgegenstandes bedingt sind. Schließlich wird sich die Darstellung mit den durch den Fall der Nacherbfolge eintretenden Rechtsfolgen auseinanderzusetzen haben.

I. Hauptstück.

Die Stellung des überlebenden Ehegatten als Vorerben gegenüber den Nacherben bis zum Falle der Nacherbfolge.

A. Die Verwaltungsmacht des überlebenden Ehegatten als Vorerben.

§ 2.

Das Institut der Nacherbfolge besteht nach dem Wortlaute des Gesetzes darin:

> Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe).

Dem überlebenden Ehegatten kommt also bis zum Falle der Nacherbfolge die Erbenqualität zu; er ist im Prinzip freier Herr der Erbschaft, er hat grundsätzlich die Stellung, die er haben würde, wenn die Nacherbfolge nicht angeordnet wäre[1]). Der Nacherbe hat nur eine, wenn auch vererbliche Anwartschaft auf die Erbschaft; der Ehegatte ist als Vorerbe Eigentümer der Erbschaft, aber belastet mit dem Rechte des Nacherben[2]). Sein Recht unterliegt zur Sicherung der Rechte der Nacherben zwar gewissen Beschränkungen und er selbst ist gewissen Verpflichtungen unterworfen, aber er ist weder Vermächtnisnehmer noch Erbschaftsnießbraucher, sondern wahrer Erbe des Erblassers, so daß die Erbschaft, die ihm als unmittelbarem Erben sofort mit dem Erbfall anfällt, sich mit seinem eigenen Vermögen vermischt und sich mit dem Eintritt der Nacherbfolge wieder davon scheidet. Die Erbschaft ist nicht ein Sondergut, das von dem übrigen Vermögen des überlebenden Ehegatten von vornherein getrennt bleibt[3]), denn der § 2143 setzt eine Vermischung der beiden Vermögen voraus[4]).

Der Ehegatte ist also berechtigt und verpflichtet wie jeder Erbe[5]); er ist also bis zum Eintritt der Nacherbfolge Eigentümer, Gläubiger, Schuldner usw. insoweit dies vorher der Erblasser war. Es steht ihm nach den §§ 2112, 2129 und 2140 das Verfügungsrecht über die Erbschaftsgegenstände zu und zwar prinzipiell auch mit Wirksamkeit gegen die Nacherben. Daß sich hieraus von dem Zeitpunkt des Voranfalles bis zum Falle der Nacherbfolge durch Mißbrauch, den der überlebende Ehegatte mit seiner Verfügungsmacht treiben kann, leicht eine schwere Gefährdung der Interessen der Nacherben ergeben, daß sich die Aussicht der Nacherben leicht in Nichts auflösen könnte[6]) ist unleugbar. Es entsteht hieraus ein Konflikt der Interessen. Das Recht sieht sich, um ihn zu schlichten, genötigt, der schrankenlosen Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten mit Rücksicht auf die künftige Herrschaft der Nacherben entgegenzutreten und den Nacherben zahlreiche Rechtsbehelfe zu geben, welche dem Vorerben allerdings unbequem werden können. Dinglich ist dessen Verfügungsgewalt beschränkt (§§ 2113 ff.) und schuldrechtlich ist er den Nacherben wegen

---

[1]) Boehm S. 114; Staudinger Bd. 5 Vorbem. II 5 vor § 2100.
[2]) Boehm S. 114.
[3]) Cosack, Bürg. R. II § 393 N. II.
[4]) Meyer § 46 Anm. 5.
[5]) Staudinger, Vorbem. II 5 vor § 2100.
[6]) Dernburg Bd. 5 § 55 I S. 161.

Verletzung seiner Verwaltungspflichten verhaftet[1]). Dem praktischen Ergebnis nach hat er also die Stellung eines Erbschaftsnießbrauchers. Daß diese Stellung jedoch kein eigentlicher Nießbrauch im technischen Sinne ist, ergibt sich schon daraus, daß der überlebende Ehegatte im Falle der Vereitelung der Nacherbeseinsetzung von selbst unbeschränkter Herr der Erbschaft werden würde[2]). Im ist nach § 2363 der Erbschein zu erteilen, nicht den Nacherben; die Nacherben können weder für sich einen Erbschein vor dem Eintritt der Nacherbfolge verlangen, noch können sie die Erteilung an den Vorerben beantragen[3]). Zu ihrem Schutze muß aber der Erbschein des überlebenden Ehegatten erkennen lassen, daß die aus § 2112 sich ergebenden Beschränkungen in der Verfügung über die Erbschaftsgegenstände bestehen oder — im Interesse des Ehegatten — daß und inwieweit sie kraft letztwilliger Anordnung nicht bestehen[4]). Immerhin ist natürlich auch eine gewisse Bewegungsfreiheit des überlebenden Ehegatten unerläßlich; denn seine Verfügungsrechte über den Nachlaß bilden doch nicht etwa die Ausnahme, die zum Zwecke der „ordnungsmäßigen Verwaltung der der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände" gegeben sind[5]). Das wäre ein System des Mißtrauens, getragen von dem Gedanken, daß der überlebende Ehegatte während der Dauer seiner Vorerbschaft nichts anderes im Sinne habe, als die Erbschaft zu plündern. Es war dies zwar der Standpunkt des Entwurfes erster Lesung („EI"), der das Recht des Vorerben an den Nachlaßobjekten als eine dem bedingten Rechte gleiches erachtete (wie sich aus der Verweisung auf § 134 EI in den Motiven zu § 1814 EI ergibt)[6]). Die Kritik wandte sich jedoch mit Recht gegen diese Auffassung; konstruktive und wirtschaftliche Bedenken wurden laut[7]). Diese Bedenken sind auch insbesondere in bezug auf das Handelsgeschäft sehr beachtlich. Aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist eine möglichst große Bewegungsfreiheit ganz unerläßlich, denn sonst ist ein rationeller Geschäftsbetrieb nahezu ausgeschlossen. Die Stellung, die der Entwurf erster Lesung dem über-

---

[1]) Endemann, Bürg. R. III § 40, 2.

[2]) Meyer § 46.

[3]) Staudinger, Bem. 1 zu § 2365 u. Bem. 4 zu § 2353; Strohal § 67 N. 2; Rechtsspr. d. OLG Bd. 11 S. 267.

[4]) BGB. von RG-R. § 2363,1.

[5]) Entwurf erster Lesung §§ 1823, 1828.

[6]) Hachenburg, Studien S. 32.

[7]) Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfes S. 84 ff; Baron, Das Erbrecht des Entwurfes im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 75 S. 237 ff

lebenden Ehegatten zuweisen würde, würde bei einer scharfen Konkurrenz durch die Umständlichkeit und den schwerfälligen Gang der geschäftlichen Entschließungen unbedingt bereits nach kurzer Zeit einen langsamen aber sicheren Rückgang des Geschäftes herbeiführen müssen. Welcher Unsumme von Mißhelligkeiten wäre der überlebende Ehegatte von seiten mißtrauischer, geschäftsunkundiger oder ängstlicher Nacherben ausgesetzt! Eine weitsichtige und unternehmende Geschäftspolitik wäre dann gar nicht möglich; denn stets würden dann die Nacherben ihr Veto einlegen, vielleicht ganz gegen ihr eigenes wohlverstandenes Interesse. Beide Interessengruppen müssen vielmehr sorgfältig gegeneinander abgewogen werden; die Rechte beider Teile dürfen nicht mehr beschnitten werden, als dies unumgänglich notwendig ist, um den anderen Teil vor Schaden zu bewahren. Dementsprechend kann der überlebende Ehegatte nach den Bestimmungen des BGB. als Vorerbe, von Freigebigkeiten abgesehen, über bewegliche Stücke des Nachlasses frei verfügen. Er kann, soweit es sich nicht um Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden handelt, alle zum Nachlaß gehörenden Forderungen einziehen, über sie auch durch Abtretung oder Verpfändung (aber nicht freigebig) verfügen, er kann alle Verfügungen vornehmen, durch welche er die Rechte der Nacherben nicht beeinträchtigt oder vereitelt[1]). Die zur Vorerbin eingesetzte Witwe kann, ohne daß es hierzu einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder überhaupt der Einwilligung der Kinder bedürfte, kraft eigenen Rechtes das zum Nachlaß gehörende Handelsgeschäft unter Beibehaltung der bisherigen Firma fortführen[2]). Dem überlebenden Ehegatten gebühren die Nutzungen (Früchte und Gebrauchsvorteile) sowie die Ausübung aller zur Erbschaft gehörenden Rechte, allerdings nur für eine bestimmte Zeit, nämlich für die Zeit vom Erbfall bis zur Beendigung des Vorerbenrechtes. Es finden daher auch die Grundsätze des § 101 BGB. Anwendung zur Begrenzung des Rechtes des überlebenden Ehegatten als Vorerben gegenüber den Nacherben. Nach § 101 Z. 2 erfolgt bei regelmäßig wiederkehrenden Erträgen (z. B. Dividenden) die Verteilung nach Verhältnis der Zeit (wobei es keinen Unterschied macht, wann die Festsetzung der Dividende durch die Generalversammlung stattgefunden hat)[3]).

Der überlebende Ehegatte hat eine unbeschränkte aktive und passive Prozeßlegitimation.

[1]) Salinger S. 178.

[2]) OLG Bd. 4 S. 556 ff. (Kammergericht).

[3]) RG im Recht 1907 S. 1407; Planck Bd. 5 Vorbem. 1a vor § 2100.

B. Die Verfügungsbeschränkungen des überlebenden Ehegatten als Vorerben.

Obwohl der überlebende Ehegatte als Vorerbe aus eigenem Rechte zur Verwaltung des Nachlasses berufen ist, so muß er sich bei ihrer Führung doch stets bewußt bleiben, daß seiner Herrschaft durch die Einsetzung der Nacherben eine zeitliche und damit notwendigerweise auch eine inhaltliche Schranke gesetzt ist. Er steht der Erbschaft viel weniger frei gegenüber als ein anderer Erbe, dem eine Ablösung durch Nacherben nicht bevorsteht[1]). Das Korrelat zu seiner Verwaltungsmacht bildet seine Verwaltungspflicht, deren Vernachlässigung nicht erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge einen Anspruch erzeugt, sondern bereits während des Bestehens der Vorerbschaft zu einer Entziehung dieser Verwaltungsmacht führen kann. Durch eine Reihe gesetzlicher Beschränkungen des überlebenden Ehegatten sind den Nacherben Kautelen gegen einen Mißbrauch der Verfügungsmacht durch den überlebenden Ehegatten gegeben.

1. Der Begriff der Verfügung.

Aus dem Gesetze selbst ist eine Bestimmung des Begriffes „Verfügung" nicht zu entnehmen. Die herrschende Lehre versteht unter Verfügung ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar auf bestehende Rechte eingewirkt wird[2]), durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird[3]). Diese Definition bezeichnet, wie Sohm zutreffend bemerkt[4]), als Gegenstand der Verfügung allgemein ein „Recht", während nur die rechtsgeschäftliche Änderung, Übertragung usw. von Rechten, welche Gegenstände sind, unter den Begriff des Verfügungsgeschäftes falle; also nur „gegenständliche Rechtsgeschäfte" können Verfügungsgeschäfte genannt werden, während das Verpflichtungsgeschäft immer nur die Rechtslage einer bestimmten Person niemals die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes ändere. Im Gegensatz zum obligatorischen Rechtsgeschäft begreift das Verfügungsgeschäft also nur solche Rechtsgeschäfte, deren Rechtswirkung auf einen bestimmten Gegenstand, also eine Sache oder ein Vermögensrecht unmittelbar gerichtet ist und die Rechtslage des Gegenstandes unmittelbar ändert[5]). Das Verfügungs-

[1]) Strohal § 28 I, 2 S. 176, 177.
[2]) BGB. von RG-R. Vorbem. 7 vor § 104.
[3]) Planck Bd. 1 S. 185.
[4]) Gegenstand S. 7 Anm. 1.
[5]) Staudinger Bd. 5 § 1959 Anm. 3a.

geschäft ist also: „ein die Rechtslage (die Zuständigkeit, die Art des Daseins) eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Recht". Als Verfügungen sind also zu rechnen die Übereignung, die Abtretung, Aufrechnung, Annahme einer Leistung usw. Die Prozeßführung ist keine Verfügung im technischen Sinne[1]). Denn das Urteil kann zwar eine Änderung der Rechtslage bewirken; der überlebende Ehegatte vermag also insofern immerhin den Inhalt des ergehenden Urteiles zu beeinflussen; es ist damit aber noch nicht die zum Begriff der Verfügung erforderliche unmittelbare Einwirkung auf das betreffende Recht gegeben. Ferner sind keine Verfügungen im technischen Sinne diejenigen Verpflichtungen, die nach § 241 BGB. lediglich ein Forderungsrecht begründen, also die Rechtslage einer bestimmten Person nicht die eines bestimmten Gegenstandes zu ändern vermögen. So ist der überlebende Ehegatte unbeschränkt in der Befugnis ein zum Handelsgeschäft gehörendes Grundstück mit Wirkung gegen die Nacherben zu vermieten oder zu verpachten. Laufen dann die von ihm geschlossenen Miet- oder Pachtverträge noch bei dem Falle der Nacherbfolge, so sind dieselben wie die von einem Nießbraucher (nach § 1056 BGB.) geschlossenen zu behandeln (§ 2135).

2. Bestimmungen zur Verhütung von Verfügungen des überlebenden Ehegatten.

a) Sicherung von Wertpapieren und Anlegung von Geld.

§ 4.

Die §§ 2116—2118 binden den überlebenden Ehegatten bezüglich der Inhaberpapiere (BGB. §§ 793 ff., Inhaberaktien HGB §§ 179, 320) — hinkende Inhaberpapiere (BGB. § 808) fallen nicht darunter — und Erneuerungsscheine, ferner Grund- und Rentenschuldbriefen auf den Inhaber (BGB. §§ 1195, 1199) und Ordrepapieren mit Blankoindossament (WO Art. 9, 12, 13, 98 Nr. 2; HGB 363 ff.) nur schuldrechtlich und nur insoweit, als die Nacherben das Verlangen auf Hinterlegung stellen[2]). Der überlebende Ehegatte ist, solange die Papiere hinterlegt sind, insoweit zur alleinigen Verfügung nicht berechtigt, als zum Verfügungsakt eine körperliche Besitzübertragung erforderlich ist. Den Nacherben wird also ein Mitrecht eingeräumt[3]). Die Verfügung des überlebenden Ehegatten ohne die Zustimmung der Nacherben ist ohne jede Rechtswirkung; hier ist nicht, wie in §§ 2113,

[1]) Planck Bd. 1 S. 186.
[2]) BGB. von RG-R. § 2116, 1.
[3]) Salinger S. 158.

2115, von Belang, ob und wieweit durch die Verfügung das Recht der Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt wird.

Die Unwirksamkeit tritt also nicht erst im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge ein[1]). Andererseits besteht diese Beschränkung nur so lange, als die Papiere hinterlegt sind[2]). Das Verhältnis ist der Art, daß das Verfügungsrecht einer Mehrheit von Subjekten zusteht, die nur gemeinsam verfügen können; es liegt ein Fall einer „mangelnden Reaktionsfähigkeit des Rechtes des einen ohne des anderen" vor[3]).

Durch den Abs. 2 des § 2116 wird auch die Veräußerung durch Abtretung des Herausgabeanspruches (BGB. § 931) an einem hinterlegten Papier ausgeschlossen, damit der Zweck der Hinterlegung nicht auf diese Weise illusorisch gemacht werden kann. Solange die Papiere hinterlegt sind, kann der überlebende Ehegatte nur mit Zustimmung der Nacherben über dieselben verfügen; sein einseitiger Dispositionsakt ist nichtig; es ist ein Doppelwille erforderlich. Dieser Mangel der Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten kann auch durch den guten Glauben des Dritten nicht geheilt werden[4]). Gelingt es jedoch dem überlebenden Ehegatten, auf irgendeine Weise entgegen der gesetzlichen Vorschrift die hinterlegten Papiere ohne Zustimmung der Nacherben wieder in seinen eigenen Besitz und in Verkehr zu bringen, so würde die Veräußerung nicht unwirksam sein, weil § 2116 Abs. 3 nicht mehr anwendbar ist. Die Sicherung der Nacherben beruht lediglich in der Hinterlegung, Umschreibung usw. Wird ungeachtet dessen die Veräußerung vorgenommen, so können die Nacherben gegen den gutgläubigen Dritten nichts tun. Ihnen haftet obligatorisch die Hinterlegungsstelle und ev. der überlebende Ehegatte, weil er nicht oder sorglos hinterlegt hat[5]).

Was die sog. hinkenden Inhaberpapiere (Legitimationspapiere) — z. B. Sparkassenbücher — betrifft, so sind dieselben, wie bereits bemerkt, nicht mitbegriffen, denn sie sind vom Gesetz den Inhaberpapieren nicht gleichgestellt. Der überlebende Ehegatte kann also frei

[1]) Staudinger Bd. 5, §§ 2116—2118, 3.

[2]) Planck, Bem. 3 zu 2116.

[3]) Hachenburg, Studien S. 39. (Staudinger, Bd. 5 §§ 2116 bis 2118, N. 3).

[4]) Strohal § 28 N. 12; Hachenburg, Vorträge S. 147/148; Planck, Anm. 3 zu § 2116; a. A. Salinger S. 158 Anm. 63.

[5]) Planck, Bem. 3 zu § 2116; Staudinger §§ 2116—2118, Anm 3; Endemann, Bürg. R. Bd. 3 § 40 Anm. 16; z. T. a. A. Hachenburg: vgl. dazu Strohal § 28 Anm. 12.

über sie verfügen. Sie dienen dem Umlauf innerhalb des Vermögens, sie bilden eine Art Reserve, einen Ausgleichsfonds und können nicht als feste Vermögensanlage angesprochen werden. Nur solche Papiere sollen getroffen werden, die sich schon durch ihre Beschaffenheit als feste Anlage charakterisieren. Es unterliegen also keiner Beschränkung: Obligatorische und andere Rechte, wie z. B. die Verfügung über einen Geschäftsanteil, über eine Einlage in eine stille Gesellschaft und chirographische Forderungen. Denn die zum werbenden Kapital gehörenden Papiere widerstreben ihrer Natur nach dem Schutze des § 2116. Der Gesetzgeber nimmt daher die zu den verbrauchbaren Sachen zu rechnenden Inhaberpapiere aus[1]).

Was die Anlage von Geld betrifft, so regelt der § 2119 die Frage *wie* Geld anzulegen ist; die Frage, *ob* es anzulegen ist, entscheidet sich danach, ob es nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft anzulegen ist. Denn es soll wieder eine Bindung des werbenden Kapitales vermieden werden, um die Bewegungsfreiheit, die für den Betrieb eines Handelsgeschäftes erforderlich ist, nicht zu unterbinden. Es ist also das Kapital insoweit anzulegen, als es nicht für die laufenden Ausgaben und zweckdienliche wirtschaftliche Anschaffungen bereitzustellen ist. Die aus der Nichtanlegung sich ergebende Haftung regelt sich nach den §§ 2130, 2131, auf die noch näher einzugehen sein wird.

b) Die Inventurpflicht des überlebenden Ehegatten.

§ 5.

Damit die Nacherben später die Möglichkeit haben nachzuprüfen, ob der überlebende Ehegatte in der Zeit von dem Erbfalle bis zu dem Falle der Nacherbfolge seine Verwaltungspflicht erfüllt hat, sind zu ihrer Sicherung durch das Gesetz Mittel gegeben, um ihnen Kenntnis von dem Bestande und dem Zustande der Erbschaftssachen zu verschaffen. Die Nacherben haben dadurch auch während der Dauer der Berechtigung des überlebenden Ehegatten eine gewisse Kontrolle über dessen Verwaltung.

Die Nacherben können von dem überlebenden Ehegatten die Mitteilung eines Verzeichnisses der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verlangen, welche der überlebende Ehegatte auf Verlangen beglaubigen lassen muß (§ 2121). Die Nacherben können verlangen, daß sie bei der Errichtung zugezogen werden, während der überlebende Ehegatte seinerseits einen Anspruch auf diese Mitwirkung nicht hat.

[1]) Hachenburg, Studien S. 40.

Die Inventurpflicht des überlebenden Ehegatten erstreckt sich nur auf den Bestand an Gegenständen nicht auch auf die Nachlaßverbindlichkeiten; ebensowenig braucht das Verzeichnis Angaben über den Wert oder den Verbleib von Erbschaftsgegenständen zu enthalten[1]). Seine Beweiskraft ist, da die Vermutung des § 2009 hier nicht gilt, nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen; seine Bedeutung liegt mit Bezug auf §§ 2130 ff. darin, daß es als Beweisurkunde in Betracht kommt und eine Grundlage für die Verpflichtungen des überlebenden Ehegatten nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge abgibt. Einen unwiderleglichen Beweis liefert es nicht, namentlich nicht in negativer Richtung. Es ist nicht etwa ein Anerkennungsvertrag; vielmehr steht dem überlebenden Ehegatten wie den Nacherben jederzeit der Beweis von Irrtümern offen[2]). Mit der Vorlage dieses Verzeichnisses hat der überlebende Ehegatte an sich seine Verpflichtungen gegenüber den Nacherben erfüllt. Zur eidlichen Bekräftigung ist er nicht verpflichtet, auch nicht, wenn die Nacherben der Meinung sind, daß er die Erbschaft nicht entsprechend angegeben habe[3]). Ist das Verzeichnis nach § 2121 Abs. 3 durch die zuständige Behörde oder Notar aufgenommen und entspricht es den Erfordernissen einer öffentlichen Urkunde (ZPO § 415), so begründet es nach Maßgabe des § 418 ZPO vollen Beweis seines Inhaltes[4]). Das Verzeichnis ist nur auf Verlangen der Nacherben mitzuteilen, es sei denn, daß der überlebende Ehegatte Gewalthaber der Nacherben und schon nach § 1640 zur Aufnahme und Einreichung verpflichtet ist[5]).

Weigert sich der überlebende Ehegatte, ein Inventar aufzunehmen, so können die Nacherben die Aufnahme nur im Wege des Prozesses erzwingen; jedenfalls hat das Nachlaßgericht mit der Aufnahme des Verzeichnisses nichts zu tun. Es bleibt den Nacherben überlassen, ihren Anspruch auf dem ordentlichen Rechtswege geltend zu machen, und dessen Erfüllung auf Grund eines vollstreckbaren Urteiles (nach § 888 ZPO) zu erzwingen[6]). Zu ihrer weiteren Sicherung gegen-

---

[1]) Staudinger, Bd. 5 § 2121 N. 2; Planck, Bd. 5 § 2121 N. 1; BGB. von RG-G. § 2121 N. 1.

[2]) BGB. von RG-R. § 2121 N. 1; Staudinger, Bd. 5 § 2121 2, 3; Prot. 222. II S. 395 a. E.; Planck § 2121 N. 3.

[3]) Bayer. Oberstes Landesgericht 17. Aug. 1903 im „Recht" 1903 S. 457; Staudinger, 1 ff. zu § 2121.

[4]) Planck Bd. 5 § 2121 N. 3.

[5]) BGB. von RG-R. § 2121 N. 1; RG Bd. 65 S. 142.

[6]) OLG Bd. 8 S. 274.

über einem Mißbrauch der Verwaltungsmacht des überlebenden Ehegatten ist ihnen ein obligatorischer Anspruch darauf gegeben, daß der Ehegatte die Feststellung des Zustandes der Erbschaftssachen durch Sachverständige auf Veranlassung der Nacherben dulde. Es ist dies ein materielles Recht der Nacherben, von dem der Erblasser nicht befreien kann[1]). Diese Befugnis der Nacherben entspricht vollkommen der Billigkeit; zumal bei einem größeren Handelsgeschäft wird eine Sicherung der Nacherben ohne eine Inventarerrichtung nicht denkbar sein; denn eine Beurteilung der Frage, ob die Verwaltung des überlebenden Ehegatten eine ordnungsmäßige ist oder nicht, ist andernfalls erst bei grobfahrlässigem Verhalten möglich; ein langsamer Rückgang und dadurch eine Wertminderung des ganzen Geschäftes wäre dann meist erst festzustellen, wenn die nachteiligen Folgen einer Mißwirtschaft offen in die Erscheinung treten. Andererseits liegt es natürlich auch im Interesse des überlebenden Ehegatten selbst, daß der Zustand der Erbschaftsgegenstände festgestellt wird, um einer etwaigen Inanspruchnahme vorzubeugen, die aus seiner Haftung für dilligentia quam in suis zu Unrecht gegen ihn geltend gemacht werden könnte. Auch ihm steht das Recht zu, den Zustand der Erbschaftsgegenstände feststellen zu lassen.

c) Die Auskunftserteilung.

§ 6.

Wie wir bereits oben gesehen haben, sind die Nacherben durch die Inventurpflicht des überlebenden Ehegatten in der Lage, eine gewisse Kontrolle über dessen Verwaltung auszuüben; der § 2127 gibt ihnen dann noch das Recht, zu jeder Zeit weitere Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der überlebende Ehegatte durch seine Verwaltung die Rechte der Nacherben erheblich verletzt. Grundsätzlich steht ihnen das Auskunftsrecht ja erst mit dem Falle der Nacherbfolge zu; aber damit sie in der Lage sind, ihr Recht auf Sicherheitsleistung entsprechend zu wahren, ist es erforderlich, daß ihnen dasselbe bereits vorher, allerdings unter den genannten Voraussetzungen, zugestanden wird[2]). Die begründete Besorgnis einer erheblichen Verletzung bezeichnet die konkrete Gefahr; die Besorgnis muß eine vernünftige, eine durchschnittliche sein und darf nicht auf einer im Verkehrsleben und ebenso rechtlich nicht zu

[1]) Planck § 2122.

[2]) Prot. Bd. 5, 97; Staudinger Bd. 5 §§ 2127—2129 Anm. I 1, 2; Planck Bd. 5 § 2127 N. 2.

beachtenden Ängstlichkeit beruhen. (So findet man z. B. sehr häufig bei älteren Leuten eine gewisse Ängstlichkeit gegen den Giroverkehr, sowie überhaupt gegen jede Bankverbindung). Die Nacherben müssen annehmen können, daß die ordnungswidrige Verwaltung des überlebenden Ehegatten, aus der eine Verletzung ihrer Rechte resultiert, bereits Tatsache geworden ist. Eine noch so sichere Vermutung, daß der überlebende Ehegatte durch seine Verwaltung die Rechte der Nacherben verletzen wird, also die Besorgnis einer künftigen Mißwirtschaft, genügt nicht, um den Anspruch auf Auskunftserteilung entstehen zu lassen[1]). Die Besorgnis muß durch die Art der Verwaltung begründet sein; ungünstige Vermögenslage des überlebenden Ehegatten reicht für sich nicht aus[2]). Dabei sind unter Verwaltungshandlungen Handlungen zu verstehen, welche den Bestand des Nachlasses betreffen, durch welche eine Änderung des Bestandes des Nachlasses herbeigeführt wird. Dazu gehört nicht die Feststellung des Bestandes der Erbschaft, da sie der Verwaltung vorangehen muß; wenn der überlebende Ehegatte bei der Herstellung des Inventars einen Nachlaßbestandteil verschweigt oder unrichtig angibt, nimmt er damit noch keine den Nachlaß betreffende Handlung vor[3]). Wann die zu besorgende Verletzung erheblich ist, bestimmt sich nach den Umständen des Falles[4]). Ein Kriterium liegt daher in der diligentia quam in suis bei Vermeidung grober Fahrlässigkeit. Auf Anwendung einer größeren Sorgfalt haben die Nacherben keinen Anspruch.

Das Verlangen auf Auskunftserteilung ist, wenn nötig, im Klagewege geltend zu machen. Die Nacherben sind für die Voraussetzungen beweispflichtig. Den bereits erfolgten Eintritt der Rechtsverletzung brauchen sie dabei nicht zu beweisen; es genügt, wenn sie diejenigen Umstände dartun, welche die vorerwähnte Annahme zu begründen geeignet sind[5]).

Die Auskunftspflicht des überlebenden Ehegatten erstreckt sich nur auf den „Bestand" der Erbschaft, nicht auch auf den Stand der Verwaltung und auch nicht auf den Verbleib von Erbschaftsgegenständen. Auskunft über den Verbleib von Erbschaftsgegenständen können die Nacherben von dem überlebenden Ehegatten erst mit dem Falle der Nacherbfolge verlangen, denn sie bildet einen Teil der Rechenschafts-

[1]) Staudinger Bd. 5 § 2127ff. N. 1: „bereits gegebene Verletzung".
[2]) BGB. von RG-R. § 2127 N. 2; Planck Bd. 5 § 2127 2.
[3]) Bayr. Oberst.-Landesg. 17. Aug. 03. im „Recht" 03 S. 458.
[4]) Planck § 1051 N. 1.
[5]) BGB. von RG-R. § 2127 N. 2; Planck Bd. 5 § 2127.

legung, zu der überlebende Ehegatte von dem Falle der Nacherbfolge an auf Verlangen der Nacherben verpflichtet ist (§ 2130 Abs. 3). Andernfalls wäre nicht einzusehen, warum der Wortlaut des § 2127 dem des § 2027 in dieser Richtung nicht gleich wäre[1]). Seiner Auskunftspflicht genügt der überlebende Ehegatte durch ein Bestandsverzeichnis (§ 260 BGB.), bei dessen Aufnahme er zu omnis diligentia verpflichtet ist. Hat er bereits nach § 2121 Verzeichnis gelegt, so genügt die Angabe der seitdem eingetretenen Veränderungen. Die Auskunft kann, wenn ein neuer Grund gegeben ist, wiederholt verlangt werden[2]). Besteht Grund zu der Annahme, daß das Verzeichnis nicht mit der nötigen Sorgfalt aufgestellt ist (§ 260 Abs. 2), so muß der überlebende Ehegatte dessen Vollständigkeit ev. mit dem Offenbarungseide bekräftigen.

d) Die Sicherheitsleistung.

§ 7.

Während die Inventurpflicht und die Auskunftspflicht nur zur Orientierung der Nacherben dienen, greift die Sicherheitsleistung doch bereits in die Bewegungsfreiheit des überlebenden Ehegatten ein. Sie ist ein durchgreifendes Sicherungsmittel. Selbstverständlich müssen schwerwiegende Gründe vorliegen, um einen derartigen Eingriff in die Verwaltungsmacht und die freie Verfügungsbefugnis des überlebenden Ehegatten gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Das Gesetz (§ 2128) verlangt eine durch das Verhalten oder die Vermögenslage des überlebenden Ehegatten begründete Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte der Nacherben. Es kommt dabei nicht darauf an, ob es sich um eine Gefährdung der Ersatzansprüche der Nacherben, welche sich aus der Verwaltung des überlebenden Ehegatten ergeben, oder um die Besorgnis einer künftigen Schädigung handelt. Das Gesetz macht in dieser Richtung einen Unterschied nicht[3]). Also schon die Besorgnis genügt. Diese kann schon bestehen, bevor der überlebende Ehegatte die Verwaltung überhaupt übernommen hat. Aber immerhin muß ein Kausalverhältnis zwischen dem Verhalten des überlebenden Ehegatten oder seiner Vermögenslage und der Besorgnis einer Gefährdung der Nacherben gegeben sein[4]). Das Verhalten des überlebenden Ehegatten braucht jedoch keineswegs an sich pflichtwidrig, nicht schuldhaft

[1]) Bayr. Oberst.-Landesg. 17. Aug. 03 im „Recht" 03 S. 458.

[2]) BGB. von RG.-R. § 2127 N. 1; Bayr. Oberst.-Landesg. 17. Aug. 03 im „Recht" 03 S. 458.

[3]) Staudinger Bd. 5 § 2127—2129 Bem. I 2.

[4]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. S. 124.

zu sein, muß aber doch zu der Erbschaft in einer gewissen Beziehung stehen und objektiv die vom Gesetz geforderte Besorgnis rechtfertigen[1]). Der überlebende Ehegatte kann z. B. sehr wohl bei der Führung des Handelsgeschäftes mit der gleichen Sorgfalt zu Werke gehen wie in eigenen Angelegenheiten; das schließt aber andererseits nicht aus, daß er zur Leitung eines Handelsgeschäftes durchaus unfähig ist, und sich daraus die begründete Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte der Nacherben herleiten läßt, wenn auch im allgemeinen eine Besorgnis nicht bestehen wird, wenn der überlebende Ehegatte die diligentia quam in suis walten läßt[2]). Bezüglich der ungünstigen Vermögenslage des überlebenden Ehegatten ist es gleichgültig, ob sie schon bei Anfall der Erbschaft vorhanden war oder erst später eintritt. Sie allein genügt aber nicht. Es muß auch hier dazu kommen, daß, etwa wegen drohenden Zugriffes der Gläubiger des überlebenden Ehegatten oder der zu befürchtenden Veräußerung von Nachlaßgegenständen, eine und zwar eine erhebliche Verletzung der Nacherbenrechte zu besorgen ist[3]).

Der Anspruch der Nacherben ist klagbar und kann daher auch einredeweise geltend gemacht werden. Das Verlangen kann gemäß §§ 232 ff. BGB. unmittelbar auf Sicherheitsleistung gerichtet werden und setzt nicht voraus, daß der überlebende Ehegatte bereits rechtskräftig verurteilt oder daß ihm zuvor nach § 2129 die Verwaltung entzogen ist[4]). Die Sicherheit ist jedoch von dem überlebenden Ehegatten nicht bloß mit Mitteln der Erbschaft, sondern auch mit dem eigenen Vermögen zu leisten. Es ergibt sich dies schon aus der persönlichen Natur der Verpflichtung[5]).

Bestreitet der überlebende Ehegatte seine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung oder ist zwischen ihm und den Nacherben eine Einigung über die Höhe der Sicherheitsleistung nicht zu erzielen, so entscheidet das Prozeßgericht. Inzwischen ist bei Gefahr im Verzug auch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung möglich und durch § 2128 nicht ausgeschlossen; dieselbe kann sich bis zur vorläufigen Entziehung der Verwaltung steigern und zwar selbst dann, wenn der Erblasser Befreiung angeordnet oder die Nacherben nur auf den Überrest einge-

---

[1]) BGB. von RG-R. § 2128 Anm. 1; Strohal § 28 N. 38; Salinger S. 180; Staudinger Bd. 5 § 2127—2129 III.

[2]) Planck Bd. 5 § 2128 1a; Hachenburg, Studien S. 54; Staudinger Bd. 5 §§ 2127—2129 III.

[3]) BGB. von RG-R. § 2128. N. 1.

[4]) RG. Bd. 59 S. 201.

[5]) BGB. von RG-R. § 2128 N. 2; Staudinger Bd. 5 §§ 2127—2129 III 1.

setzt hat (§§ 2136, 2137)[1]). Läßt es der überlebende Ehegatte beim Prozesse dann zu einer rechtskräftigen Entscheidung kommen, so steigert sich im Falle der Verurteilung nunmehr gemäß § 1052 der Anspruch der Nacherben auf Sicherheitsleistung bis zur Entziehung der Verwaltung und zur Bestellung eines Sequesters[2]). Die Anordnung der Verwaltung ist aber nur zulässig, wenn dem überlebenden Ehegatten auf Antrag der Nacherben vom Gericht eine Frist zur Sicherheitsleistung bestimmt und die Frist verstrichen ist (ZPO. 255/II). Sie ist dagegen unzulässig, wenn die Sicherheitsleistung vor dem Ablaufe der Frist völlig dem Urteil entsprechend geleistet wird[3]). Die Entziehung der Verwaltung erfolgt im Klagewege, die Bestellung des Verwalters durch das Prozeßgericht; die Nacherben selbst können auch zur Verwaltung berufen werden[4]). Der Verwalter hat die Stellung eines Zwangsverwalters bei Grundstücken. Er unterliegt daher denselben Schranken wie dieser und nicht den Beschränkungen, denen der überlebende Ehegatte nach § 2113 unterworfen ist[5]).

Wenn in Gemäßheit der vorstehend angeführten Vorschriften der §§ 1052 u. 2128 Abs. 2 dem überlebenden Ehegatten die Verwaltung entzogen wird, so verliert er das Recht über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen (§ 2111). Verfügungen des überlebenden Ehegatten sind also nach erfolgter Entziehung, mit welcher das Verfügungsrecht auf den Verwalter übergeht, absolut unwirksam[6]). Der überlebende Ehegatte behält lediglich den Anspruch auf die Nutzungen (§ 2111 Abs. 3); die erforderlichen Verfügungen, wenn nötig mit der Zustimmung der Nacherben, sind von dem Verwalter zu treffen. Doch erlangt auch eine vom überlebenden Ehegatten getroffene Verfügung durch Genehmigung der hier allein interessierten Nacherben Wirksamkeit (§ 185 Abs. 2). Die Entziehung der Verwaltung tritt ein mit der Vollstreckbarkeit der sie anordnenden Entscheidung. Die Verfügungsbeschränkung ist, wenn auch nicht von Amts wegen (GBO. § 52), so doch auf Antrag der Nacherben oder des bestellten Verwalters im Grundbuche einzutragen (GBO. § 22, 13)[7]).

[1]) Protokolle Bd. 5 S. 124; BGB. von RG-R. § 2128 R. 3.
[2]) RG. Bd. 59 S. 201.
[3]) Staudinger Bd. 5 §§ 2127—2129 III 3.
[4]) BGB. von RG-R. § 2128 R. 3; Staudinger Bd. 5 §§ 2127—2129 III 3.
[5]) Salinger S. 181 R. 128.
[6]) Staudinger §§ 2127—2129 III 4; Hachenburg, Studien S. 56.
[7]) BGB. von RG-R. § 2129 R. 1; Salinger S. 182.

Die Aufhebung der Verwaltung erfolgt dann, wenn die Sicherheit, wie bereits oben bemerkt, nachträglich geleistet wird, oder die die Gründe, die eine Gefährdung der Rechte der Nacherben besorgen ließen, nachträglich weggefallen sind[1]).

3. Bestimmungen zum Schutz gegen bereits getroffene Verfügungen des überlebenden Ehegatten.

a) Verfügungen über Grundstücke und Rechte an solchen, sowie unentgeltliche Verfügungen.

§ 8.

Die Nacherben müssen insoweit gegen bereits getroffene Verfügungen des überlebenden Ehegatten geschützt werden, als es sich um die Erhaltung des Stammes der Nacherbschaft handelt. Es gilt als präsumptive Absicht des Erblassers, daß diejenigen Vermögensobjekte, welche nach der Verkehrsanschauung als dauernde Kapitalanlage betrachtet werden, der freien Verfügung des überlebenden Ehegatten entzogen sein sollen. Es sind dies insbesondere Grundstücke und Rechte an solchen (§ 2113 Abs. 1). Die Verfügungen des überlebenden Ehegatten über dieselben sind dann unwirksam, wenn der Fall der Nacherbfolge eintritt und zwar insoweit, als sie das Recht der Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln[2]). Diese Unwirksamkeit beruht nicht auf einem gesetzlichen Veräußerungsverbot gemäß § 135; sie ist nur eine bedingte und zugleich ihrem Umfange nach begrenzte[3]). Bedingt ist sie durch den Fall des Eintritts der Nacherbfolge; sie tritt also nur ein, wenn es wirklich zur Nacherbfolge kommt und die Nacherben sie geltend machen, was jedoch nicht eine besondere Anfechtungsklage erfordert. Die Nacherben können die Unwirksamkeit mit der Eigentumsklage, der Negatorienklage, der Exekutionsinterventionsklage usw. geltend machen[4]). Allerdings können die Nacherben bereits vor dem Falle der Nacherbfolge ihre aus der Unwirksamkeit der Verfügung entspringenden Rechte durch eine einstweilige Verfügung sichern lassen, insbesondere auch durch Eintragung eines Widerspruches; auch die Durchführung einer unwirksamen Verfügung (z. B. Auflassung eines zur Nacherbschaft gehörenden Grundstückes) können die Nacherben durch eine einstweilige Verfügung ver-

---

[1]) BGB. von RG-R. § 2123 3 Staudinger Bd. 5 §§ 2127–2129 III 3.

[2]) Bayr. Oberst. Landesg. 19. Aug. 05, im „Recht" 05 S. 502.

[3]) BGB. von RG-R. § 2113, N. 2.

[4]) Salinger S. 197.

hindern[1]). Dem Umfange nach begrenzt ist die Unwirksamkeit, da gewisse Verfügungen im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge nur insoweit unwirksam sind, als sie das Recht der Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln. Natürlich können die Nacherben auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit durch Zustimmung oder stillschweigende Genehmigung nach dem Eintritt der Nacherbfolge verzichten, da die Substanz des Vermögens lediglich in ihrem Interesse erhalten bleiben soll. Wenn sie sich mit der Erhaltung nur dem Werte nach zufrieden geben, dann bleibt die Verfügung des überlebenden Ehegatten voll wirksam und kann sich auch der Dritte, der ein rechtliches Interesse daran hat, nicht darauf berufen, wenn die ev. Unwirksamkeit nicht eine nur relative d. h. nur den Nacherben gegenüber bestehende ist.

Die Vereitelung und Beeinträchtigung des Nacherbenrechtes wird im Falle der Veräußerung oder Belastung eines Grundstückes immer gegeben sein, wenn sie nicht in Erfüllung einer bereits vom Erblasser eingegangenen Verbindlichkeit vorgenommen wird. Ebenso ist es bei den Verfügungen über ein Recht an einem Grundstück, es müßte denn damit eine bloß formale Rechtsänderung (Verwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek) oder sogar eine Besserung z. B. in der Rangstellung (§ 880) herbeigeführt werden. Schon an und für sich die Veräußerung eines Grundstückes stellt eine Beeinträchtigung der Nacherben dar, selbst wenn es vom überlebenden Ehegatten zum wahren Werte veräußert und der Erlös hinterlegt wird. Das Grundstück kann z. B. durch seine Lage mit Recht eine wesentliche Preissteigerung erwarten lassen (z. B. infolge einer Stadterweiterung oder Neuanlage einer Eisenbahn). Jedenfalls wird die Beeinträchtigung dadurch nicht beseitigt, daß wirtschaftlich betrachtet die Lage der Nacherben nicht verschlechtert wird[2]). Der Begriff der Beeinträchtigung ist im weitesten Sinne zu nehmen. Denn es kommt nicht auf das endgültige ökonomische Resultat — mag es auch noch so günstig sein — für den Nachlaß an, sondern auf die Vereitelung oder Beeinträchtigung des konkreten Rechtes. Unter dem Recht der Nacherben ist nicht eine wirtschaftliche Situation verstanden[3]).

Im Gegensatz zu einer dinglichen Belastung kann niemals eine Vermietung oder einer Verpachtung eines Grundstückes eine Beeinträchtigung der Nacherben darstellen, da die Nacherben gemäß § 1056 das

[1]) Salinger S. 166 N 87a.

[2]) BGB. von RG.R. § 2113 N. 2.

[3]) Thiessing, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 14 S. 233ff.; Staudinger Bd. 5 §§ 2112—2115, III. B Abs. 3; a. A. Salinger S. 161.

Miet- und Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen können.

Bei Anwendung der oben dargelegten Grundsätze könnte der überlebende Ehegatte Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden vollwirksam nur mit Zustimmung der Nacherben kündigen, da durch die Kündigung unmittelbar die Veränderung des Rechtes bewirkt wird (Verfügung im Sinne des BGB.). Dem entgegen bestimmt jedoch das Gesetz im § 2114, daß der überlebende Ehegatte zur Kündigung allein berechtigt sein soll; damit ist er natürlich noch nicht zur Empfangnahme des Geldes ohne Mitwirkung der Nacherben befugt. Durch die Zahlung des Kapitals an den überlebenden Ehegatten allein wird die Hypothekenforderung nicht getilgt. Die Quittung des überlebenden Ehegatten allein reicht zum Nachweise des Erwerbes der Hypothek durch den Eigentümer nicht aus, wie auch seine Löschungsbewilligung nicht zur Aufhebung der Hypothek genügt[1]). Der Hypothekenschuldner, der an den überlebenden Ehegatten auf dessen Aufforderung allein zahlt, wird auch dann nicht befreit, wenn die Nacherben in der Lage sind, das Geld von dem überlebenden Ehegatten heraus oder erstattet zu bekommen; die Nacherben brauchen sich nicht auf ihre Ansprüche gegen den überlebenden Ehegatten verweisen zu lassen. Die Kündigung und Einziehung einer Hypothekenforderung unterliegen — das gleiche gilt natürlich auch für Grundschuld und Rentenschuld — den vorbezeichneten Beschränkungen, damit die angestrebte Sicherung der Nacherben nicht illusorisch gemacht werden kann[2]). Selbst wenn der überlebende Ehegatte von den Beschränkungen gemäß § 2136 befreit ist, und er demgemäß nach materiellem Rechte ohne Mitwirkung der Nacherben die Hypothekenforderung einziehen und vollwirksam quittieren kann (so daß sich hieraus seine Verpflichtung zur Löschungsbewilligung ergibt), so ist nach formellem Grundbuchrechte (GBO § 41) trotzdem die Bewilligung der Nacherben erforderlich, solange dem Grundbuchrichter der konkrete Sachverhalt die Annahme erlaubt, daß die Verfügung des überlebenden Ehegatten entgegen seinen Erklärungen unentgeltlich oder zur Erfüllung eines von ihm gegebenen Schenkungsversprechens erfolgt sei[3]). Denn um die Bewilligung der Nacherben entbehrlich zu machen, kann allerdings behauptet werden, das Grundbuch sei unrichtig, das durch den nacherbschaftlichen Vermerk geschützte Recht

---

[1]) OLG Bd. 3 S. 223ff. (Kammergericht).

[2]) Salinger S. 167.

[3]) OLG Bd. 6 S. 183 (Kammergericht).

sei durch die ordnungsmäßige, eine Schenkung nicht enthaltende Verfügung des überlebenden Ehegatten gegenstandslos geworden. Allein der volle und lückenlose Beweis dafür ist kaum zu erbringen[5]).

Die Bestimmung des § 2113 Abs. 2 beschränkt sich jedoch nicht auf Grundstücke und Rechte an solchen, sondern greift auch durch hinsichtlich aller Arten von Erbschaftsgegenständen (deshalb auch in bezug auf bewegliche Sachen), und zwar ohne daß der Erblasser den überlebenden Ehegatten von dieser Beschränkung befreien könnte, wenn die Verfügung unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines vom überlebenden Ehegatten erteilten Schenkungsversprechens erfolgt. Denn eine derartige Verfügung enthält stets eine Vereitelung des Rechtes der Nacherben und kann deshalb nur Wirksamkeit behalten, wenn die Nacherben einwilligen oder wenn es überhaupt nicht zur Nacherbfolge kommt. Die Unwirksamkeit greift auch hier wieder nicht nur zugunsten der Nacherben, sondern auch des Dritten Platz, dessen Recht betroffen wird.

b) Schutz des gutgläubigen Dritten.

§ 9.

Der Absatz 3 des § 2113 bestimmt mit Bezug auf die beiden ersten Absätze, daß die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Es ist dies auch unbedingt erforderlich, wenn die Sicherheit des Verkehrs nicht leiden soll. Zum guten Glauben im Sinne des Abs. 3 ist also erforderlich, daß der Dritte nicht weiß und auch bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht wissen konnte, daß er mit dem überlebenden Ehegatten als einem Vorerben verhandelte. Der gute Glaube des Dritten bezieht sich also nicht etwa darauf, daß der Dritte, dem die Vorerbenqualität des überlebenden Ehegatten bekannt war, nicht wußte, daß die betreffende Verfügung die Rechte der Nacherben beeinträchtigte oder vereitelte. Sein guter Glaube muß darin bestehen, daß ihm unbekannt war, daß der überlebende Ehegatte zufolge seiner Vorerbenstellung nur mit der Zustimmung der Nacherben kontrahieren durfte. In den meisten Fällen wird ihm dies nicht entgehen können, weil bei allen grundbücherlichen Eintragungen jeweils das Recht des Nacherben von Amts wegen mit einzutragen ist. Ist der überlebende Ehegatte jedoch von den Beschränkungen des Abs. 1 befreit, so schreibt

[5]) Planck (Bezirksnotar) Württ. Z. Fr. G. 05, S. 172; Meickel im „Recht" 05 S. 183 ff.

der § 52 GBO als Ordnungsvorschrift vor, daß auch die Befreiung von Amts wegen einzutragen ist. Die aus der Unterlassung der Eintragung sich ergebende Unrichtigkeit des Grundbuches können die Nacherben gemäß § 52 GBO geltend machen; natürlich haben sie gegenüber dem überlebenden Ehegatten auch den Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894 BGB.

II. Hauptstück.

Die Stellung des überlebenden Ehegatten als Vorerben gegenüber den Gläubigern.

A. Nach bürgerlichem Recht.

1. Allgemeines.

§ 10.

Was die Haftung des überlebenden Ehegatten für die Nachlaßverbindlichkeiten betrifft, so ist in bezug auf das Handelsgeschäft zu unterscheiden, ob die alte Firma von ihm fortgeführt wird oder nicht. Im letzteren Falle greift die rein erbrechtliche Haftung Platz, im ersteren finden die Modifikationen des § 27 HGB. für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten Anwendung, wodurch natürlich die erbrechtliche Haftung nicht alteriert wird; denn diese kann durch keine Bestimmung ausgeschlossen werden. Das System der Erbenhaftung nach BGB. ist also kurz zu streifen und Stellung zu den prinzipiellen Fragen zu nehmen; dadurch wird dann auch die Grundlage für die Entscheidung der Frage nach der unbeschränkten Haftung des § 27 HGB gewonnen.

Da dem überlebenden Ehegatten bis zum Falle der Nacherbfolge Erbenqualität zukommt, so hat er damit auch alle Rechte und Pflichten eines Erben. Den Nachlaßgläubigern gegenüber ist er zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse berechtigt und verpflichtet, denn die Stellung der Nachlaßgläubiger wird durch die Bindung infolge des Rechtes der Nacherben nicht berührt[1]). Er ist berechtigt, diese Lasten als auf den Stammwert der Erbschaft gelegt zu betrachten und sie deshalb aus der Erbschaft zu bestreiten; § 2126[2]). Ferner ist der überlebende Ehegatte nach § 2130 nur zur Herausgabe

[1]) Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich Bd. 1 S. 950.
[2]) Strohal Bd. 1 S. 180 Anm. 17.

der Erbschaft in demjenigen Zustande verpflichtet, in dem sie sich beim Falle der Nacherbfolge bei ordnungsmäßiger Verwaltung befindet; auch die Tilgung der Nachlaßschulden gehört zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung und mindert den Herausgabeanspruch der Erben auf den Nettobetrag der Erbschaft[1]).

Der Umfang der Haftung des überlebenden Ehegatten unterliegt den allgemeinen Regeln über die erbrechtliche Schuldenhaftung. Sie ist nach dem Gesetz grundsätzlich eine unbeschränkte, oder was dasselbe bedeutet, eine persönliche Haftung, aber auf den Nachlaß beschränkbar, sofern die Voraussetzungen der Beschränkung erfüllt sind[2]). Aus der Beschränkbarkeit seiner Haftung ergibt sich für den überlebenden Ehegatten ein Recht zur Herbeiführung der Beschränkung selbst; er muß, damit die Beschränkung auf die vires hereditatis eintritt, die ihm zu diesem Zwecke zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ergreifen, es sei denn, daß nicht bereits vorher ein Umstand eingetreten ist, vermöge dessen er unbeschränkt haftet (2013), mag er nun die ihm vom Nachlaßgerichte gestellte Frist zur Errichtung eines Inventars versäumt haben (1994), mag er absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit des Inventars herbeigeführt oder in der Absicht die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit bewirkt oder die Erteilung der zur Aufnahme des Inventars erforderlichen Auskunft in erheblichem Maße verzögert oder verweigert haben (§ 2005)[3]).

Als Rechtsbehelfe für die Beschränkung seiner Haftung sind dem überlebenden Ehegatten die Beantragung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses gegeben. Solange dies jedoch noch nicht geschehen ist, besteht die nach § 1975 bestimmte Beschränkung der Haftung effektiv noch nicht, sie ist lediglich eine beschränkbare; es besteht die Möglichkeit der Beschränkung[4]). Ist mangels Maße die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses untunlich oder wird dieserhalb die angeordnete Verwaltung wieder aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so vermag der überlebende Ehegatte zufolge der Bestimmungen des § 1990 auch hier seine Haftung auf die vires hereditatis zu beschränken und sein Recht

[1]) Hachenburg, Studien S. 59.

[2]) Staudinger Bd. 5 § 1967 III; Strohal Bd. 2 § 72; Planck § 1967 III; Deutsche Juristen-Zeitung 1899 S. 368.

[3]) Strohal Bd. 2 § 72 S. 195/196.

[4]) Strohal Bd. 2 § 72 II C. 1, S. 194.

zur Haftungsbeschränkung von Fall zu Fall den Nachlaßgläubigern gegenüber geltend zu machen. Er kann und muß den Gläubigern zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung den Nachlaß herausgeben. Die gleiche Möglichkeit ist ihm nach § 1992 dann gegeben, wenn die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht.

Schließlich ist dem überlebenden Ehegatten noch durch den Ausschluß von Nachlaßgläubigern im Wege des Aufgebotsverfahrens die Möglichkeit gegeben, sich gegen die Gefahr zu sichern, mit dem eigenen Vermögen und über den Betrag der Bereicherung hinaus für die Nachlaßverbindlichkeiten in Anspruch genommen zu werden[1]).

2. Die Inventarerrichtung und die unbeschränkte Erbenhaftung.

§ 11.

Die Inventarerrichtung dient sowohl den Interessen des überlebenden Ehegatten als auch denen der Nachlaßgläubiger. Demgemäß ist der überlebende Ehegatte einerseits zur Errichtung berechtigt (§ 1993) und andererseits ist jeder Nachlaßgläubiger befugt, beim Nachlaßgericht zu beantragen, daß dem überlebenden Ehegatten eine Inventarfrist gestellt werde. Die Nachlaßgläubiger haben ein Interesse daran, einen Einblick in die Verhältnisse des Nachlasses zu gewinnen; diese bilden für sie die Unterlage für die weiter zu treffenden Maßnahmen, insbesondere für eine Entscheidung, ob mit Rücksicht auf den Stand des Nachlasses auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses angetragen werden soll[2]. Dem überlebenden Ehegatten steht andererseits bei der freiwilligen und rechtzeitigen Errichtung des Inventars die Vermutung des § 2009 zur Seite. Allerdings ist die Inventarerrichtung weder erforderlich noch genügend, um eine Beschränkung der Haftung auf die vires hereditatis herbeizuführen. Sie ist kein Rechtsbehelf zur Herbeiführung der Haftungsbeschränkung, sondern ein Mittel, um die zur Herbeiführung der Haftungsbeschränkung gegebenen Rechtsbehelfe zu erhalten. Bei Versäumung der Inventarfrist oder ungetreuem Inventar droht dem überlebenden Ehegatten der Verlust der Haftungsbeschränkung[3]). Die Funktion

---

[1]) BGB. von RG-R., Vorbem. zu § 1970.

[2]) Strohal Bd. 2 § 73 S. 207.

[3]) BGB. von RG-R. Vorbem. vor § 1993; Staudinger Bd. 5 Vorbem. vor § 1993 N. 2; Planck Bd. 5, Vorbem. vor § 1993 N. 2, b, bb.

der Inventarerrichtung ist also eine negative mit der Konsequenz, daß die bisher beschränkbare Haftung nunmehr zu einer unbeschränkbaren wird. Die Beschränkung der Haftung selbst tritt also dann ein, wenn ohne Rücksicht auf die Inventarerrichtung die Nachlaßverwaltung beantragt oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, oder, falls der überlebende Ehegatte rechtzeitig Inventar errichtet, durch die ihm zur Herbeiführung seiner Haftungsbeschränkung zustehenden Rechtsbehelfe. Es erwächst ihm also aus der Inventarerrichtung der Vorteil, daß ihm, abgesehen von dem Ausnahmefall des § 2005 Abs. 2, eine Inventarfrist nicht mehr gestellt und daher auch das Recht auf Beschränkung der Haftung nicht mehr verloren gehen kann[1]). Versäumt er aber die Errichtung oder macht er sich bei der Aufnahme einer der in § 2005 Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen schuldig, so zieht er sich hierdurch die endgültige, unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zu.

Kommt der überlebende Ehegatte dem Verlangen eines einzelnen Nachlaßgläubigers auf Ableistung des Offenbarungseides nicht nach, so verliert er damit ebenfalls die Beschränkbarkeit seiner Haftung; dem Gläubiger, der den Antrag gestellt hat, haftet er nunmehr unbeschränkt.

Was die Stellung der Nacherben betrifft, so ist hervorzuheben, daß die Inventarerrichtung nach § 1993 im Gegensatz zur Inventarpflicht nach § 2121, die sich als eine Art Kontrollbefugnis der Nacherben darstellt, kein Sicherungsmittel der Nacherben für ihre aus der Nacherbfolge gegen den überlebenden Ehegatten hergeleiteten Ansprüche ist. Denn die Nacherben sind als solche keine Nachlaßgläubiger, während die Bestimmungen des § 1993 lediglich für das Verhältnis des überlebenden Ehegatten zu den Nachlaßgläubigern von Einfluß sind. Die Nacherben können daher die Errichtung des Inventars im Sinne des § 1993 von dem überlebenden Ehegatten nicht verlangen, während andererseits ein von dem überlebenden Ehegatten rechtzeitig errichtetes Inventar in seinem Verhältnis zu den Nacherben weder zu seinen Gunsten die Rechtsvermutung begründet, daß weitere Nachlaßgegenstände als die angegebenen zur Zeit des Erbfalles nicht vorhanden gewesen seien, noch zugunsten der Nacherben die Rechtsvermutung, daß die im Inventar angegebenen Gegenstände auch wirklich zur Erbschaft gehören.

---

[1]) Planck Bd. 5 Vorbem. vor § 1993 N. 2, b, cc.

3. Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 12.

Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger hat eine doppelte Funktion. Einerseits verschafft es dem überlebenden Ehegatten eine zuverlässige Übersicht über den Stand des Nachlasses; es richtet sich an alle Nachlaßgläubiger, die bekannten wie die unbekannten, und es bezieht sich nicht bloß auf die fälligen, sondern auch auf die nichtfälligen Forderungen, ja selbst auf bedingte Nachlaßverbindlichkeiten mit Inbegriff derjenigen, deren Entwickelung aus bereits bestehenden Haftungen sich voraussehen läßt (Bürgschaft, Indossierung eines Wechsels)[1]). Der überlebende Ehegatte gewinnt also eine zuverlässige Kenntnis über die Höhe des Schuldenstandes und dadurch eine Grundlage für seine Entschließungen, ob er sich die beschränkte Haftung durch die Herbeiführung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses sichern will[2]). Und diese Kenntnis wird allemal dann besonders erwünscht sein, wenn die Zulänglichkeit der Erbschaft ausgeschlossen oder unsicher ist, ferner wenn die Lage der Erbschaft so verwickelt ist, daß die mit der eigenen Verwaltung und Vereinigung des Nachlasses verbundene Verantwortlichkeit dem überlebenden Ehegatten zu groß erscheint[3]) Andererseits schützt das Aufgebotsverfahren den überlebenden Ehegatten gegen die Gefahr mit dem eigenen Vermögen und über den Betrag seiner Bereicherung aus dem Nachlasse für die Nachlaßverbindlichkeiten in Anspruch genommen zu werden. Die Ausschließung einer Forderung im Aufgebotsverfahren hat keineswegs deren Erlöschen zur Folge, sondern nur eine eigentümliche Abschwächung der Haftung des überlebenden Ehegatten gegenüber dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger; dieselbe beschränkt sich auf das, um was er aus dem Nachlasse bereichert ist, und zwar ohne daß er zu diesem Zwecke den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu stellen braucht[4]).

Im einzelnen ist im vorliegenden Falle vor allem zu untersuchen, ob der überlebende Ehegatte wegen seiner eigenen, aus seiner Stellung als Vorerben entspringenden Ansprüche gegen den Nachlaß von dem von ihm selbst veranlaßten Aufgebotsverfahren betroffen wird, insbesondere, ob er seine Forderungen gegen den Nachlaß zur Vermei-

[1]) Strohal Bd. 2 § 75, II S. 234.

[2]) Planck Bd. 5 § 1970 N. 1.

[3]) Staudinger Bd. 5, Vorbem. 1 vor § 1970.

[4]) BGB. von RG-R., Vorbem. vor § 1970; Strohal Bd. 2 § 75 III 2 S. 237.

dung der Ausschließung im Aufgebotsverfahren anmelden muß. Es fragt sich, wie weit mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1973 eine Befriedigung ohne eine Anmeldung erreicht werden kann.

Was die dem überlebenden Ehegatten bereits gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche betrifft, so werden dieselben für anmeldepflichtig erklärt werden müssen. Denn tritt noch während des Laufes der Ausschließungsfrist der Fall der Nacherbfolge ein, so wird der Vorerbe damit zum Nachlaßgläubiger. Die Situation ist dann die gleiche, wie wenn die Nacherben das Aufgebotsverfahren beantragt hätten und wirkt also ein Ausschlußurteil auch gegenüber dem überlebenden Ehegatten. Man könnte zwar mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2144 versucht sein, die Anmeldung für überflüssig zu halten, da die Nacherben dem überlebenden Ehegatten ohnehin nur beschränkt haften; die praktischen Folgen gestalten sich jedoch in beiden Fällen verschieden, wie sich aus folgendem ergibt: Haben die Nacherben die Inventarpflicht versäumt, so müssen sie den überlebenden Ehegatten trotzdem insoweit voll befriedigen, als die vorhandenen Erbschaftsgegenstände zu dessen Deckung reichen, während die Nacherben die Passiva zufolge der durch die Versäumung der Inventarfrist eingetretenen unbeschränkten Haftung auf ihr eigenes Vermögen übernehmen müssen. Eine Haftung besteht also insoweit nicht, als die Aktiven der Erbschaftsmasse nicht zur Befriedigung des überlebenden Ehegatten ausreichen; insofern hat der § 2144 die Bedeutung, daß das Recht der Nacherben auf Beschränkung ihrer Haftung dem überlebenden Ehegatten gegenüber auch dann besteht, wenn sie es den übrigen Gläubigern gegenüber eingebüßt haben[1]). Solange also der Anspruch des überlebenden Ehegatten geringer ist als die Aktiva der Erbschaftsmasse, wird er regelmäßig seine volle Befriedigung finden. Anders ist es jedoch, wenn die Nacherben das Aufgebotsverfahren betreiben und der überlebende Ehegatte seine Forderungen nicht anmeldet; dann wird er nach § 1793 derart präkludiert, daß er mit seinen Forderungen insoweit ausfällt, als die Aktiven nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger nicht ausreichen. Hat er seine Forderung jedoch angemeldet, so ist durch die Überschuldung der Nachlaßkonkurs obligatorisch. Die Bestimmung des § 2144 greift dabei insofern ein, als sich für die Bestimmung der Quote des überlebenden Ehegatten dessen Forderung um den Betrag mindert, um den seine Forderung den Betrag der Aktiven der Erbschaftsmasse übersteigt.

[1]) Planck Bd. 5 § 2144 Anm. 5.

Anders liegt der Fall bezüglich derjenigen Ansprüche, die dem Vorerben durch seine Verwaltung des Nachlasses entstanden sind (§ 2124—2126). Denn hier steht ihm nach § 273 das Zurückbehaltungsrecht zu. Der überlebende Ehegatte steht alsdann nach KO § 49 Z. 3 in Ansehung der zurückbehaltenen Sachen im Konkurs einem Pfandgläubiger gleich und wird daher auf Grund des § 1971 insoweit von dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht betroffen.

4. Haftung des überlebenden Ehegatten gegenüber den persönlichen Gläubigern.

§ 13.

Wie wir oben gesehen haben, ist der überlebende Ehegatte in seiner Verfügung insoweit beschränkt, als dies zur Erhaltung der Substanz der Erbschaft für die Nacherben erforderlich ist. Daraus ergibt sich folgerichtig, daß es den persönlichen Gläubigern nicht möglich sein darf, sich aus den Erbschaftsgegenständen zu befriedigen, die der freien Verfügung des überlebenden Ehegatten entzogen sind. Es sind daher Verfügungen über Erbschaftsgegenstände, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter im Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten erfolgen, im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht der Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln. Zu diesen Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, gehören nur die Zwangsvollstreckungen in das Vermögen im Sinne des VIII. Buches, Abschnitt 2, Titel 1 und 2 der ZPO, nicht aber auch Zwangsvollstreckungen im Sinne des Abschnittes 3, da letztere lediglich dazu bestimmt sind, rechtsgeschäftliche Verfügungen zu ersetzen, und deshalb wie rechtsgeschäftliche Verfügungen zu behandeln sind[1]). Zum Schutze gegen die Durchführung einer nach § 2115 unwirksamen Zwangsvollstreckung ist den Nacherben die Exekutionsinterventionsklage gegeben. Dieselbe steht ihnen jedoch insofern nicht zu, als in dem vom überlebenden Ehegatten fortgeführten Geschäfte des Erblassers durch die zwangsweise Versteigerung von Waren Geschäftsschulden gedeckt werden sollen. Denn die Nacherben haben nur Anspruch auf das Geschäft als Ganzes in dem Zustande, in dem es sich bei dem Falle der Nacherbfolge befindet. Anderenfalls könnte der überlebende Ehegatte, wenn er außer dem Geschäfte nichts besitzt, Schulden über

[1]) Künzel bei Gruchot Bd. 41 S. 591 ff.

Schulden machen, ohne auf deren Bezahlung mit Erfolg in Anspruch genommen werden zu können. Selbst nicht einmal nach dem Falle der Nacherbfolge könnten sich die Gläubiger an die zur Nacherbschaft gehörenden Aktiven halten. Dies wäre eine Überspannung des Prinzipes des Schutzes der Nacherben[1]).

Dem Konkursverwalter ist durch § 128 KO die Veräußerung verboten; das Gesetz will Verfügungen vorbeugen, die ev. beim Eintritt der Nacherbfolge unwirksam würden. Einen dem § 773 ZPO entsprechenden Rechtsbehelf gibt es jedoch in diesem Falle für die Nacherben nicht. Sie könnten aber der drohenden Veräußerung durch den Konkursverwalter durch Beschwerde bei dem Konkursgerichte oder durch eine einstweilige Verfügung vorbeugen. Auch bei der Pfändung im Wege der Arrestvollziehung kann mit Rücksicht auf den § 2113 eine Einstellung der Zwangsvollstreckung in Antrag gebracht werden. Wird jedoch trotz verbotener Veräußerung doch veräußert, so ist für die Exekutionsintervention kein Raum mehr. Der gutgläubige Erwerber ist dann nach § 933ff. in seinem guten Glauben geschützt[2]).

B. Nach Handelsrecht.

§ 14.

Zu den bürgerlichrechtlichen Haftungsgrundsätzen treten als Modifikationen die Bestimmungen des § 27 HGB; in Sonderheit stellt der § 27 bezüglich der Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers Sondervorschriften auf, die die Haftung des Ehegatten analog derjenigen eines Erwerbers eines Handelsgeschäftes unter Lebenden gestaltet.

Die Norm des § 27 HGB lautet:

„Wird ein zum Nachlaß gehöriges Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung des § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäftes vor dem Ablauf von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB. entsprechende Anwendung. Ist bei

[1]) Sächs. OLG Bd. 28 S. 415.

[2]) Salinger S. 171 173; Planck Bd. 5 § 2115 N. 1.

dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist."

§ 25 HGB lautet:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist."

I.

Die Voraussetzungen der Haftung nach § 27 HGB.

§ 15.

Die Haftung des überlebenden Ehegatten ist also unter folgenden Voraussetzungen eine unbeschränkte:

1. Es muß sich um das Handelsgeschäft eines Vollkaufmannes handeln.
2. Dasselbe muß zu einem Nachlaß d. h. dem Vermögen des Erblassers als Ganzem gehören.
3. Es muß durch den Ehegatten fortgeführt werden.
4. Die Fortführung muß länger als drei Monate dauern.

So klar und deutlich diese Grundsätze erscheinen, so ergeben sich bei näherer Betrachtung doch eine ganze Reihe von Schwierigkeiten, die dazu zwingen, einige Begriffe zunächst festzulegen, ehe auf die praktischen Folgen der Bestimmung eingegangen werden kann.

1. Das Handelsgeschäft eines Vollkaufmannes.

§ 16.

Der Gegenstand des § 27 ist ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft. Die erste Voraussetzung für eine Würdigung des § 27 HGB ist eine scharfe Herausstellung des Begriffes des Handelsgeschäftes. Lehmann-Ring[1]) bezeichnen mit Recht diesen Begriff als schillernd.

[1]) HGB Bd. 1 § 22 Nr. 2.

Er ist kein fest bestimmter; das Wort hat eine wechselnde Bedeutung. Um so mehr empfindet man da die Richtigkeit des Regelsberg'schen Wortes[1]): „Wenn irgend wo, so ist es im Gebiete des Handelsrechtes Bedürfnis mit festen Begriffen zu arbeiten". Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß die festen Rechtsbegriffe auf Kosten der realen Benengungsfreiheit, die gerade dem Handel unbedingt gewahrt bleiben muß, erkauft werden darf.

Aus dem Handelsgesetzbuche selbst ergiebt sich eine ausdrückliche Definition des Begriffes nicht. Der Begriff, der schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches sehr umstritten war, ist aus dem Zusammenhange des Gesetzestextes in Verbindung mit der Verkehrs- und Lebensanschauung zu gewinnen.

Ein Handelsgeschäft ist im praxi aus den verschiedensten Teilen zusammengesetzt. Es ist ein Aggregat produktiver Kräfte und Chancen, eine Zusammenfassung von Personen und materiellen Gütern in zweckmäßiger Organisation zu methodisch-rationeller Arbeit. Es ist ein Konglomerat von Grundstücken, Gebäuden, Speichern, Maschinen, Rohstoffen, Waren, Bargeld, Wechseln, Effekten, Kredit, Kundenforderungen, Geschäftsverbindlichkeiten, Ansprüchen ex lege und ex delicto, Arbeitern, Ingenieuren, Reisenden, Agenten, Buchhaltern, Korrespondenten, Pferden, Wagen, Automobilen, Schiffen, Urkunden über schwebende und beendete Geschäfte, Handelsbüchern, Briefen, Fakturen, Postscheinen, Plänen, Skizzen, Zeichnungen, Rezepten, Geschäftsgeheimnissen, Urheber- und Patentrechten, Kundenlisten, Bezugsquellenverzeichnissen, Telegrammadressen, Anschlußgeleisen, usw. usw. In allen diesen heterogenen Dingen, aus denen sich für die grob sinnliche Betrachtung das Handelsgeschäft zusammensetzt, in diesen ideellen Beziehungen und diesen realen Voraussetzungen und Niederschlägen des Handelsbetriebes verkörpert sich ein geistiges Element, ein Immaterialgut, welches der Unternehmer durch seine Arbeit geschaffen hat: die Chancen des Unternehmens, der „Façonwert" des Geschäftes. Er stellt sich dar als das Produkt aus zweckmäßiger Organisation der Glieder des Unternehmens, Ausmittelung rationellster Arbeits- und Fabrikationsmethoden und der Verwertung der Geschäftsverbindungen und des Rufes des Unternehmens[2]).

[1]) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht B. 14 S. 13.

[2]) Isay, Das Recht am Unternehmen S. 21 ff.; Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, S. 17 ff.; Hahn, § 2 zu art. 22; RG. Bd. 55 S. 125; Stegemann S. 4.

Das Handelsgeschäft ist nach der Definition Endemanns[1]) ein Komplex nicht bloß der für den Handel bestimmten toten Produktivmittel, sondern zugleich auch der roulierenden Kapitalien und der in wirtschaftlicher Beziehung in Bewegung befindlichen Arbeitskräfte, mögen dies Kapital und Arbeitskraft des Inhabers oder mögen sie von einem Dritten dem Geschäfte zugeführt sein. „Nach kaufmännischer Auffassung ist das Geschäft .... das Objekt dinglicher und persönlicher Berechtigungen, der Inbegriff der von dem Kaufmanne in dem Betriebe seines Gewerbes verwendeten Vermögensbestandteile, eine universitas rerum distantium .....". Wenn Endemann dann fortfährt, andererseits sei das Geschäft das Subjekt der Verkehrsbeziehungen, der Inbegriff des aus den einzelnen gewerbemäßigen Tätigkeiten sich zusammensetzenden Handelsbetriebes, eine universitas bonorum, so ist das nicht zutreffend. Wirtschaftlich ist der Endemann'sche Begriff des Geschäftes gewiß von großer Bedeutung; das Geschäft verbindet gewiß eine Menge von Interessen, Rechtsverhältnissen, Diensten und Vermögensobjekten zu einer wirtschaftlichen Einheit. Aber solchen, dem wirtschaftlichen Gebiete entnommenen Begriffen eine spezifisch juristische Bedeutung zuzuschreiben und für die zivilistische Konstruktion verwenden zu wollen, ist nicht gerechtfertigt. Die gemeine Meinung stimmt heute darin überein, daß das Handelsgeschäft kein Zweckvermögen ist, dem juristische, oder wie man sich auch vorsichtiger ausdrückt, kaufmännische Persönlichkeit zukomme. „Denn das Geschäfts- wie das Privatvermögen des Kaufmannes haftet sämtlichen Gläubigern ungetrennt, ohne daß den Geschäftsgläubigern an dem Geschäftsvermögen und den Privatgläubigern an dem Privatvermögen irgend ein Vorzugsrecht zusteht. Deshalb findet in das Geschäftsvermögen eines zahlungsunfähigen Kaufmannes kein Sonderkonkurs statt, vielmehr umspannt ein gemeinschaftlicher Konkurs das Gesamtvermögen des Kaufmannes[2])." Trotzdem ist der Begriff des Handelsgeschäftes noch genau so umstritten wie zur Zeit des alten Handelsgesetzbuches. Der Streit dreht sich nunmehr um die Differenzierung des Begriffes. Es stehen sich dabei zwei Theorien gegenüber; die romanistische versteht mit Regelsberger[3]) unter Handesgeschäft „nur die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handlungsgewerbes", die germanistische neigt dazu, das Handelsgeschäft dem Begriffe einer Sachgesamtheit möglichst anzunähern[4]).

[1]) Handbuch des Handelsrechtes Bd. 1 S. 181.
[2]) Cosack, HR S. 50.
[3]) Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 14 S. 12.
[4]) Stegemann S. 5.

Die romanistische Theorie nimmt die Begriffe Handelsgeschäft und Handelsvermögen nicht als gleichwertig an; sie betrachtet nur die Aktiven nicht auch die Passiven zum Vermögensbegriffe gehörig. Für sie ergibt sich also ein sehr enger Begriff des Handelsgeschäftes: es wird gebildet von denjenigen Vermögenswerten, durch die der Fortbetrieb des Handelsgeschäftes gewährleistet wird. Insbesondere Binder[1]) fordert eine scharfe Trennung der Begriffe Handelsgeschäft und Handelsvermögen. Diese mit aller Entschiedenheit betonte Scheidung beider Begriffe ist insofern auch völlig berechtigt, als vielfach vom Gesetz in der Tat das Handelsvermögen nicht als Bestandteil des Handelsgeschäftes betrachtet wird. Binder beruft sich mit vollem Recht auf die Tatsache, „daß, wer das Geschäft ohne die Firma fortführt, regelmäßig nicht für die Geschäftsschulden seines Vorgängers haftet, und daß die Forderungen desselben nur dann auf den Erwerber übergehen, wenn er das Geschäft mit der bisherigen Firma fortführt". So wenig mit der Geschäftsaufgabe das Handelsvermögen schwinde, so wenig müße es mit der Geschäftsübergabe auf den Erwerber übergehen: „Daher ist die Veräußerung des Geschäftes Veräußerung des Geschäftsbetriebes, nicht des Geschäftsvermögens, und der Übergang des letzteren muß besonders vereinbart sein, damit er stattfinde". Nach Ansicht Binders erhält der Erwerber dadurch, daß der Geschäftsbetrieb veräußert wird, keine rechtliche Position. Er bezeichnet das Handelsgeschäft als eine tatsächliche Situation die rechtliche Folgen haben können, die aber nicht selbst ein Recht oder ein Rechtsobjekt sei. Demgegenüber vertritt Strohal[2]) die Ansicht, daß infolge des vom Erblasser begonnenen Handelsbetriebes für denselben doch eine (wenn auch unvollkommen) rechtlich geschützte Position sich ergebe, vermöge deren er seinen Handelsbetrieb als einen durch die bisherigen Betriebshandlungen individualisierten fortsetzen konnte. In diese Rechtsposition trete der Erbe derart ein, daß er zur rechtmäßigen Fortsetzung des vom Erblasser eingeleiteten Handelsbetriebes berufen sei. Strohal definiert demgemäß das Handelsgeschäft als einen „Komplex von aus dem tatsächlichen Betriebe eines Handelsgewerbes sich ergebenden und in die Zukunft fortwirkenden Beziehungen". Die Vererbung des Handelsgeschäftes bestehe darin, daß dem Erben die rechtmäßige Fortsetzung dieser Beziehungen eröffnet sei[3]).

---

[1]) Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 31 ff.
[2]) Bd. 1 S. 22 Anm. 38.
[3]) Bd. 1 S. 22.

Ebenso kommt Sohm[1]) auf Grund der scharfen Unterscheidung zwischen Handelsgeschäft und Handelsvermögen zu dem Ergebnis, daß das Handelsgeschäft überhaupt kein Rechtsobjekt sei; für ihn giebt es trotzt der im Gesetz gebrauchten Ausdrücke keine Veräußerung, Verpachtung, Vererbung eines Handelsgeschäftes, keinen Nießbrauch an einem solchen. Demgegenüber wendet Pisko[2]) mit Recht ein, daß der Abschluß von Geschäften über Vermögensobjekte, die keine Rechtsobjekte sind, zwar denkbar sind, nicht aber die Anerkennung solcher Geschäfte durch die Rechtsordnung.

Man muß mit der herrschenden Theorie mehr die deutsch rechtliche Entwickelung des Begriffes „Gesamtsache" oder „Inbegriff" heranziehen. Die romanistische Theorie faßt den Begriff des Handelsgeschäftes zu eng; sie sieht darin, wie bereits gezeigt, nur eine Tätigkeit, während die herrschende Lehre, die als Vermögen die Summe aller Aktiven und Passiven ansieht, zu einer Gleichstellung der Begriffe Handelsgeschäft und Handelsvermögen kommt. Behrend[3]) bezeichnet das Handelsgeschäft als einen umfassenden Inbegriff, der sowohl die gewerbliche Tätigkeit des Kaufmannes in ihrer Gesamtheit als auch hiervon abgeleitet die Gegenstände dieser Tätigkeit wie die Beziehungen und Verhältnisse, in denen dieselbe zutage tritt, umfasse. „In letzterem Sinne ist das Geschäft gleichbedeutend mit dem Geschäfts- oder Handelsvermögen, es ist der in dem konkreten Handelsgewerbe steckende Vermögenswert, der aus aktiven und passiven Bestandteilen zusammengesetzt ist oder doch zusammengesetzt sein kann".

Regelsberger[4]) dagegen bestreitet, wie bereits angedeutet, daß unter Handelsgeschäft der bezeichnete Komplex verstanden werden könne. Er will unter Handelsgeschäft nur „die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden zugleich verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes" verstehen. „Ein weiteres ist damit weder notwendig noch regelmäßig begriffen." Sicherlich ist diese Begriffsbestimmung die juristisch präziseste und faßbarste, indem sie alle Wesensmerkmale, die nicht absolut erforderlich sind, ausscheidet. Daraus ergibt sich jedoch immerhin noch nicht, daß diese Begriffsdefinition der Praxis gerecht wird; denn sie deckt

---

[1]) Arch. f. bürg. R. Bd 28 S. 181/182.

[2]) S. 15.

[3]) Bd. 1 S. 202.

[4]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 14 S. 12.

kaum die gewöhnlichen Fälle, geschweige denn das ganze Gebiet. Daß diejenigen Vermögenswerte, durch die der Fortbetrieb des Handelsgeschäftes gewährleistet wird, genügen können, um für die Beurteilung des Einzelfalles den Begriff des Handelsgeschäftes als gegeben annehmen zu dürfen, ist völlig sicher und wird nicht bestritten. Es ist nur die Frage, ob im Zweifel, also wenn keine Einschränkung gemacht wird, der Handelsverkehr den weitesten Umfang des Begriffes als maßgebend ansieht. Daß er nicht immer diesen großen Komplex erfordert, ist sicher; denn das Gesetz hat den Begriff nicht festgelegt, es können also auch einzelne Bestandteile ausgenommen werden, ja es genügen die Chancen, wenn nur die Fortführung des Handelsbetriebes gewährleistet wird. Dem Käufer eines Handelsgeschäftes kommt es hauptsächlich darauf an, daß für ihn der Erfolg einer Erwerbstätigkeit sicher oder doch wahrscheinlich ist; er will durch künftige Arbeit erwerben; er wird zu diesem Zwecke auch ein Handelsgeschäft kaufen oder pachten, ohne das Betriebsmittel, Waren, ausstehende Forderungen und andere Aktiven mit übertragen werden. Es muß also doch schließlich eine Gegenleistung für den Kaufpreis oder den Pachtzins bestehen, es muß ein Vermögensobjekt unmittelbar aus dem Vermögen einer Person in das einer anderen übergehen.

Daraus, daß das Handelsgesetzbuch eine allgemeine Regel nicht aufstellt, und damit dem Verkehr völlig freie Bahn läßt, läßt sich nur die Möglichkeit ableiten, daß der Begriff zwischen den gezogenen Grenzen, also zwischen dem Begriffe des Handelsgeschäftes im engsten und im weitesten Sinne schwanken kann. Lehmann-Ring[2]) führen zutreffend aus: „Handelsgeschäft im weitesten Sinne ist soviel wie Handelsvermögen, d. h. die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehung von Vermögenswert". „Handelsgeschäft im engsten Sinne sind diejenigen Vermögenswerte, durch die der Fortbetrieb des Handelsgewerbes gewährleistet wird. Unter Umständen können schon die Chancen als Handelsgeschäft in diesem Sinne gelten". Die Ausdehnung des Begriffes müsse von Fall zu Fall festgelegt werden. Dem ist auch beizupflichten, denn die untere Grenzlinie ist allerdings in gewisser Beziehung variabel, indem eben zur Gewährleistung des Fortbetriebes manchmal der Übergang gewisser Vermögensbestandteile durchaus nötig ist, während manchmal Teile des unsubstantiellen

---

[2]) HGB Bd. 1 § 22.

Geschäftes ausgeschlossen werden können. Eine absolute Grenzlinie zwischen der Gewährleistung des Fortbetriebes und dem Handelsvermögen gibt es nicht. Die Grenzlinie ist von Fall zu Fall eine schwankende. Dagegen bestreiten Lehmann-Ring aber auch die Regel, daß im Zweifel das Handelsgeschäft im weitesten Sinne gemeint sei. „Es kann Cosack und Staub nicht darin beigetreten werden, daß bei jedem Geschäftserwerb der Erwerber die sämtlichen Geschäftsaktiva und Geschäftspassiva übernehme, wenn die Parteien nicht ein anderes vereinbaren. Diese Auffassung legt einen einheitlichen Begriff des Geschäftes zugrunde, der in Wahrheit nicht vorhanden ist".

Demgegenüber wendet Jacusiel[1]) mit Recht ein, daß aus dem Umstande, daß das Gesetz dem Verkehr völlig freie Bahn lasse, kein Grund gegen die Existenz einer allgemeinen Regel zu entnehmen sei. „Ja sie muß existieren, denn wie soll sonst im Falle, wo sich keinerlei Anhalt für die Fixierung ergibt, der Begriff festgestellt werden. Oder sollte in einem solchen Falle das abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig sein?" Jacusiel argumentiert sehr treffend, daß der engste Begriff des Handelsgeschäftes die eesentialia enthalte, aus denen durch Hinzutritt der „unwesentlichen Bestandteile" der ganze Komplex resultiere, der als Handelsgeschäft im weitesten Sinne oder Handelsvermögen bezeichnet wird. „Unzweifelhaft ist es, daß auch die unwesentlichen Bestandteile begrifflich zu dem Gegenstand gehören, so daß, wenn über diesen verfügt wird, seine unwesentlichen Bestandteile immer mit betroffen werden, wenn sie nicht durch Parteiwillen ausgenommen sind."

Zu dem gleichen Ergebnis, daß der Begriff des Handelsgeschäftes für einen Inbegriff gebraucht wird, dessen Ausdehnung zwischen den bezeichneten weitesten und engsten Grenzen schwankt, daß aber, wo von dem Handelsgeschäft ohne Einschränkung die Rede ist, der weiteste Umfang darunter zu verstehen ist, kommt die Mehrzahl der Autoren.

So subsumiert Hellwig[2]) unter den Begriff des Geschäftes der Regel nach auch die Aktiven und Passiven. Cosack[3]) bezeichnet das Geschäft als „Handelsunternehmen eines Kaufmannes als Ganzes". Er fügt ausdrücklich an, daß die vielumstrittene Frage, ob die Geschäftsveräußerung auch die Geschäftsschulden umfasse, zu bejahen sei,

---

[1]) Nutzungsrechte (Nießbrauch, ehemännliche und elterliche Nutznießung) an dem Handelsgeschäft, Berlin 1906.

[2]) Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 399.

[3]) Cosack, HR § 14 III, 1 a.

„weil die Geschäftsforderungen und die Geschäftsschulden zum Geschäft gehörig sind, ... es sei denn, daß sich aus den Erklärungen der Parteien oder den begleitenden Umständen eine entgegengesetzte Parteivereinbarung ergibt". Auch Staub[1]) sieht in dem Vollerwerb den Regelfall, was nicht ausschließe, daß nicht alle Geschäftsbestandteile überzugehen brauchen. Nach Goldmann[2]) umfaßt der Erwerb des Handelsgeschäftes, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, alle diejenigen einzelnen Gegenstände, welche zu dem Handelsgeschäft gehören.

Zusammenfassend können wir also den Begriff des Handelsgeschäftes dahin definieren:

> „Unter Handelsgeschäft versteht man den Inbegriff alles dessen, was zu dem Betriebe des Handelsgeschäftes gehört, oder — wie das Kammergericht sich ausdrückt — den im betreffenden Handelsgewerbe steckenden Vermögenswert ausmacht[3])".

Für die Haftung aus § 27 HGB ist es natürlich essentiell, daß es sich um das Geschäft eines Vollkaufmannes handelt. Denn die unbeschränkte Haftung tritt dann nicht ein, wenn das Geschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt wird. Das Handelsgeschäft mußte also berechtigterweise unter einer Firma betrieben werden. Nach § 17 HGB ist die Firma eines Kaufmannes der Name unter dem er im Handel sein Geschäft betreibt und die Unterschrift abgibt. Daß die Firma im Handelsregister eingetragen ist, ist nicht unbedingt nötig. Die Mußkaufleute des § 1 Abs. HGB können auch ohne Eintragung Vollkaufleute sein, während bei den Soll- und Kann-Kaufleuten des § 2 und § 3 die Eintragung hinzukommen muß. Das ist natürlich auch für § 27 HGB gültig. Jedenfalls ist die Vorschrift des § 4 HGB von ausschlaggebender Bedeutung:

> „Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker, sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung."

Der Minderkaufmann hat also kein kaufmännisches Firmenrecht; der Name, unter dem er sein Geschäft betreibt, ist keine Firma im Sinne des § 4 HGB. Ist seine „Firma" zu Unrecht im Handelsregister eingetragen, so besteht der Mangel im Firmenrecht auch dem

---

[1]) Staub, HGB § 22 Anm. 4.
[2]) Goldmann, HGB Bd. 1 § 22, I b, bb.
[3]) Staub, HGB § 22 Anm 4.

Erwerber gegenüber (qualifiziertes Registerrecht). Es tritt nicht etwa ein Schutz des guten Glaubens ein. Der Registerrichter kann die Umschreibung auf den Erwerber ablehnen, und im Falle der vollzogenen Umschreibung die Firma des Erwerbers jederzeit von Amts wegen löschen (§ 5 FGG). Solange aber die Firma des Erwerbers eingetragen ist, gilt ihr Gewerbe Dritten gegenüber als Handelsgewerbe eines Vollkaufmannes. § 5 HGB. Die Vorschriften der §§ 27/25 HGB finden also auf Minderkaufleute regelmäßig keine Anwendung.

2. Ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft.

§ 17.

Eine weitere Vorbedingung für die Haftung nach § 27 HGB ist die Zugehörigkeit des Handelsgeschäftes zu einem Nachlasse d. h. dem Vermögen des Erblassers als Ganzem. Für die Zugehörigkeit zum Nachlasse ist es natürlich entscheidend, ob man unter dem Handelsgeschäft nur die Gelegenheit zum Zwecke des kaufmännischen Gewerbebetriebes verstehen soll, oder in demselben auch das Handelsvermögen inbegriffen ist. Wir haben uns oben für den weiteren Begriff entschieden. Wir teilen also nicht die Ansicht Binders und Sohms. Binder[1]) sieht in dem Handelsgeschäft zwar einen Verkehrsgegenstand aber keinen Gegenstand im Rechtssinne; das Handelsgeschäft gehöre nicht zur Erbschaft[2]). Die Firma ist für ihn ein Recht, welches vererbt wird, ohne zur Erbschaft zu gehören. Er stimmt mit Sohm darin überein, daß er in der Veräußerung des Handelsgeschäftes mit der Firma trotz der Vorschrift des § 23 eine Veräußerung im Rechtssinne nicht sieht. Nach seiner Ansicht ist nur eine Vererbung des Handelsvermögens möglich; das Geschäft ist eine bloß tatsächliche Situation. Denn ein klagbares Recht auf Gewerbebetrieb gäbe es nicht, ein solches habe auch der Veräußerer und der Erwerber nicht; folglich könne es auch keiner auf den Erwerber oder den Erben übertragen. Tatsächlich könne natürlich nicht geleugnet werden, daß das Geschäft auf den Erben übergehe, denn die Möglichkeit der Sukzession in die tatsächliche Seite des Geschäftsbetriebes werde dadurch dem Erben besonders erleichtert, daß er in die sämtlichen

[1]) Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 34

[2]) Op. Cit. S. 36.

auf den Geschäftsbetrieb bezüglichen Rechte und Verbindlichkeiten, ja sogar in die embryonalen Vorstufen, nämlich in das Handelsvermögen fukzediere. Aber dieses Übergehen sei nur das Aufgreifen einer tatsächlichen Situation, die Fortführung des Handelsgeschäftes stände im freien Belieben des Erben, er könne darin nicht geschützt werden, aber er könne daran auch nicht gehindert werden. Wenn das Geschäft auf diese Weise tatsächlich mit auf den Erben übergehe, so geschehe es außerhalb der Erbschaft, das Geschäft gehöre nicht zum Nachlasse[1])". Selbst wenn man mit Binder annehmen wollte, daß das Handelsgeschäft kein Recht im technischen Sinne ist, so wäre der Übergang desselben auf den Erben gleichwohl als „Vererbung" im technischen Sinne zu konstruieren. Denn es ist vor allen Dingen einzuwenden, daß es noch mehr tatsächliche Verhältnisse gibt, die einer Vererbung im technischen Sinne unterliegen. Der Besitz ist kein Recht im technischen Sinne, sondern — wie die Motive sich ausdrücken — eine Rechtsposition, ein Wert des Vermögens; trotzdem ist er vererblich (BGB. § 857); er ist eine vererbliche Rechtslage. Aber hiervon ganz abgesehen sind wir entgegen der Ansicht Binders und Sohms — dieser sieht in dem Geschäft lediglich eine Tätigkeit, also nicht einmal einen Verkehrsgegenstand[2]) — der Meinung, daß das Geschäft im Binder-Sohmschen Sinne, also die Chancen, der Façonwert des Unternehmens mit dem Handelsvermögen eine untrennbare Einheit bildet, das Handelsgeschäft in unserem Sinne, welches als solches auch „Gegenstand" der Vererbung ist.

3. Das Geschäft muß als Ganzes erworben und als solches fortgesetzt werden.

§ 18.

Es muß also ein Vollerwerb vorliegen, die Kontinuität des Geschäftsbetriebes muß gewahrt sein, wozu allerdings der Übergang sämtlicher Aktiven und Passiven nicht essentiell ist. Es können auch einzelne dieser Bestandteile ausgeschieden werden, mögen das im einzelnen nun die ausstehenden Forderungen ganz oder zum Teil sein, seien es die Warenvorräte oder auch die Passiven. Auf jeden Fall

[1]) Rechtsstellung des Erben S. 31 ff.

[2]) Arch. f. Bürg. R. Bd. 28 S. 181 Anm. 6, vgl. auch hierzu: Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 34; Binder, der Gegenstand in Zeitschr. f. d. ges. HR Bd. 59 S. 19 Anm. 32; Wilutzky, die Verfügungen des BGB. im Arch. f. bürg. R. Bd. 28 S. 57 Anm. 7

muß also eine Vererbung des Geschäftes im großen und ganzen vorliegen, so daß diejenigen Teile des Handelsvermögens mitübergehen, die die Fortführung des Handelsbetriebes ermöglichen. Es darf also der Charakter des bisherigen Handelsgeschäftes nicht beeinträchtigt werden. Die bisherige Firma darf nur für das Geschäft fortgeführt werden, wie es durch dieselbe individualisiert ist. Demgemäß ist an die Geschäftsführung des Erblassers direkt anzuknüpfen, wobei eine vorübergehende Unterbrechung ohne Einfluß ist. Der überlebende Ehegatte ist also nicht befugt, das Geschäft völlig aufzugeben und die Firma für ein anderes von ihm zu begründendes neues Geschäft zu verwenden, mag er auch gewisse Vermögens- und Lagerbestandteile beibehalten. Jedenfalls muß das Geschäft des Erblassers im Kern erhalten bleiben und auf der alten Grundlage weitergeführt werden. Das schließt natürlich nicht aus, daß qualitative und quantitative Änderungen von dem Ehegatten vorgenommen werden. Diese Änderungen müssen sich jedoch aus der ganzen Struktur des Geschäftes rechtfertigen lassen, der Konnex mit der Art des Geschäftes, wie es der Erblasser betrieb, darf nicht unterbrochen werden; es darf also nur eine folgerichtige Fortentwickelung des Geschäftes und nicht eine abrupte Umwandlung vorgenommen werden. Es ist sehr wohl denkbar, daß eine allmähliche, sich über eine vielleicht relativ kurze Zeit erstreckende Umwandlung des Geschäftes durch Vergrößerung und dadurch bedingte neue Fabrikationsmöglichkeiten und Aufnahme ganz neuer Artikel vorgenommen wird, ohne daß sich daraus ein Widerspruch mit dem Begriffe der Fortführung herleiten ließe, der den Verlust des Firmenrechtes zur Folge haben könnte. Essentiell ist die Wahrung des Charakters des konkreten bisherigen Handelsgeschäftes. Ob die Vererbung eines Teiles des Geschäftes insbesondere einer Zweigniederlassung genügen würde, um eine unbeschränkte Haftung für diesen Teil resp. die Zweigniederlassung zu begründen, ist quaestio facti. Regelmäßig ist dann die Übernahme der Firma wohl nicht statthaft, da die Firma nur bei dem Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäftes fortgeführt werden kann. Auch die etwa vorhandenen Zweigniederlassungen gehen im Zweifel mit Aktiven und Passiven auf den Erben des Hauptgeschäftes über, da sie nur eine Pertinenz des Hauptgeschäftes sind und keinen Anspruch darauf machen können als „bestehendes Handelsgeschäft" behandelt zu werden. Allerdings ist die Möglichkeit vorhanden, daß durch Vererbung die Zweigniederlassung vom Hauptgeschäft (das vielleicht durch Vermächtnis aus der Erbmasse ausscheidet) losgetrennt und zum selbständigen Hauptgeschäft

erhoben wird. Die Zweigniederlassung wird alsdann in dem Augenblick zum selbständigen, zum „bestehenden" Handelsgeschäft, in dem sie der überlebende Ehegatte zwecks alleiniger Fortführung vom Hauptgeschäft lostrennt. Der Ehegatte haftet alsdann für die im Betrieb der Zweigniederlassung begründeten Verbindlichkeiten, die durch diese selbst oder durch das Hauptgeschäft kontrahiert wurden. Natürlich entfällt eine Haftung für solche Verbindlichkeiten, die nach außen lediglich als Verbindlichkeiten des Hauptgeschäftes hervorgetreten sind.

4. Forkführung durch den Erben.

§ 19.

Das Handelsgeschäft muß durch den überlebenden Ehegatten, d. h. durch denjenigen fortgeführt werden, der mit dem Tode des Erblassers in dessen Vermögen als Ganzes sukzediert. Dabei ist unter den Worten: „durch den Erben" zu verstehen „für Rechnung des Erben"; und zwar ist die Fortführung sowohl durch gesetzliche als rechtsgeschäftliche Vertreter möglich. Wenn also zunächst der Prokurist oder der Bevollmächtigte das Geschäft fortführt, so geschieht dies auf Rechnung des Ehegatten, wenn dieser die Erbschaft annimmt.

II.

Die objektiven Grenzen der nach § 27 HGB unbeschränkten Haftung (Begriff der „früheren Geschäftsverbindlichkeiten").

§ 20.

Die objektiven Grenzen der nach § 27 HGB unbeschränkten Haftung werden durch den Begriff der früheren Geschäftsverbindlichkeiten festgelegt. Praktischerweise ist also zunächst festzustellen, was unter dem Begriffe der Geschäftsverbindlichkeiten überhaupt zu verstehen ist. Es sind das die im Betriebe des Handelsgeschäftes begründeten Verbindlichkeiten aller Art, also alle diejenigen Verbindlichkeiten, die sich als natürliche innere Folge aus dem Geschäftsbetriebe ergeben, wobei die Geschäftsschulden nicht bloß dann getroffen sind, wenn sie fällig, sondern auch dann, wenn sie bedingt oder betagt

sind oder aus noch nicht erfüllten einseitigen Verträgen herrühren[1]), ferner die zwecks Gründung oder Erwerb des Geschäftes eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie auch Schulden, die nicht aus Handelsgeschäften herrühren, wie z. B. Hypotheken des miterworbenen Geschäftsgrundstückes. Die Geschäftsschulden sind jedoch nicht bloß Kontraktschulden- sondern auch außervertragliche, selbst Delikts- und Kondiktionsschulden, wenn sie mit dem Geschäftsbetrieb in so enger Verbindung stehen, daß der Geschäftsbetrieb für diese kausal ist. Nicht dazu gehören die sog. Privatschulden d. s. die von einem Kaufmanne in seinem Privatleben begründeten Verbindlichkeiten (z. B. Verpflichtungen aus einer Vormundschaftsübernahme, aus der Verwaltung des eingebrachten Gutes oder des Vorbehaltsgutes seiner Ehefrau usw.).

Beachtlich ist auch hier die in § 344 HGB aufgestellte Rechtsvermutung, wonach die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgeschäftes gehörig (Abs. 1) und die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine als im Betriebe seines Handelsgeschäftes gezeichnet anzusehen sind, sofern sich nicht aus der Urkunde ein anderes ergibt.

III.

Die Haftung.

A. Bei Fortführung ohne die Firma.

§ 21.

Zunächst kann in der Fortführung des Geschäftes unter einer neuen Firma eine stillschweigende Annahme der Erbschaft enthalten sein. Denn darin, daß der Ehegatte ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft unter seinem eigenen Namen fortführt, kann eine prägnante Manifestation des Annahmewillens erblickt werden, ohne daß man jedoch mit Staub[2]) annehmen muß, die Fortführung unter eigenem Namen manifestiere stets den Annahmewillen. Der Ehegatte kann auch bei einer nur einstweiligen Fortführung sehr wohl Gründe zur Annahme einer eigenen Firma haben, z. B. weil der Erblasser dies ausdrücklich bestimmt hat[3]). Die Annahme der Erbschaft kann

[1]) ROHG 8,385.
[2]) § 27 Anm. 6.
[3]) Schulteß S. 18.

zwar durch konkludente Handlung erfolgen, aber nicht durch die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte schlechthin. Auch die ständige Tätigkeit und die Vornahme von geschäftlichen Handlungen im Geschäftsbetrieb des Erblassers ist noch keine Annahme der Erbschaft schlechthin. Es kommt darauf an, ob solche Handlungen lediglich die Erhaltung oder Sicherung des Nachlasses bezwecken, oder ob aus ihnen der Wille, Erbe zu sein, zu entnehmen ist[1]). Deshalb braucht also die die Fortführung des Geschäftes, ja die Eintragung des Geschäftsüberganges den Ehegatten noch nicht zu präjudizieren. Es ist vielmehr von Fall zu Fall zu untersuchen, ob tatsächlich eine Annahme der Erbschaft vorliegt oder nicht.

Zutreffenden Falles greifen zunächst die bereits oben in ihren Hauptprinzipien gezeichneten Haftungsgrundsätze des BGB. durch. Nach diesen Grundsätzen entscheidet sich dann auch die Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftung des Ehegatten für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Zu dieser Haftung qua Erbe kommt dann noch die entsprechende Anwendung der Regeln des 25 HGB, d. h. der das Geschäft unter seinem eigenen Namen fortführende Ehegatte haftet für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn er die Übernahme in handelsüblicher Weise bekannt macht. Daraus darf natürlich nicht gefolgert werden, daß die Haftung des Ehegatten qua Erbe cessiere, wenn das Geschäft, ohne daß ein besonderer Verpflichtungsgrund für die unbeschränkte Haftung vorliegt, ohne die alte Firma fortgeführt wird. Als Universalsukzessor haftet der Ehegatte beschränkbar, während er bei der Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten in handelsüblicher Weise unbeschränkt haftet.

Die Form der handelsüblichen Übernahme kann sein: Rundschreiben an den Kreis der Geschäftsfreunde, Börsenanschlag, Einrücken in geeignete Zeitungen und Einreichung zu den betreffenden Handelsregisterakten[2]). Bei Rundschreiben ist es nicht erforderlich, daß jeder einzelne Gläubiger direkt Nachricht erhält[3]), es genügt vielmehr, daß die Mehrzahl derartig benachrichtigt wird, daß man auf eine allgemeine Schuldübernahme schließen kann. Die Bekanntmachung muß auf den Willen des Ehegatten schließen lassen, die Geschäftsübernahme

---

[1]) Böhm S. 189.
[2]) ROHG Bd. 3 S. 182; Bd. 4 S. 5; Bd. 8 S. 383.
[3]) RG Bd. 17 S. 98; Bd. 38 S. 177.

in der gekennzeichneten Weise werde der Gläubigerschaft als solche erkennbar. Daß einzelne ein solches Zirkular nicht erhalten haben, ist alsdann unerheblich. Auch der, der es nicht erhalten hat, kann sich auf dasselbe berufen.

Sollen jedoch gewisse Verpflichtungen von der Übernahme ausgeschlossen werden, so ist es nötig, diese Gläubiger in der allgemeinen Übernahme als ausgeschlossen namentlich zu erwähnen oder ihnen dies spätestens gleichzeitig durch besondere Anzeige kund zu tun. Er läßt der Ehegatte die Bekanntmachung, so haftet er kraft der Vorschrift des § 27 HGB verb. mit § 25 HGB Abs. 3. für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt mit seinem eigenen Vermögen. Die Folgen der unbeschränkten Haftung sind in diesem Falle dieselben wie bei der Fortführung der bisherigen Firma. Die entsprechenden Gläubiger werden alsdann nicht durch die Nachlaßverwaltung, die natürlich das Geschäft mitergreift, oder durch ein Aufgebotsverfahren betroffen. Sie sind zur Klage und zur Zwangsvollstreckung in das ganze Vermögen des Ehegatten berechtigt. Dadurch ist natürlich der Ehegatte der Rechtswohltat der beschränkten Haftung in bezug auf den Nachlaß überhaupt noch nicht verlustig gegangen. Denn er hat dieselbe nach BGB. § 2013 Abs. 2 solange er sie nicht gegenüber allen Gläubigern verloren hat.

B. Bei Fortführung der alten Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz.

1. Grundsätze.

§ 22.

Auch in diesem Falle soll § 25 HGB entsprechende Anwendung finden. Prinzipiell ist also für diesen Fall die unbeschränkte Haftung das Normale im Gegensatz zu den Grundsätzen bei der Fortführung des Geschäftes unter einer neuen Firma. Der Ehegatte haftet also für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ohne Rücksicht auf seine Haftung qua Erbe stets unbeschränkt, d. h. nicht nur cum viribus hereditatis, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen. Es tritt damit also eine Verschärfung der Haftung qua Erbe ein. Dies ergibt sich direkt aus § 27 HGB Abs. 1, der auf § 25 verweist und indirekt auch aus § 27 Abs. 2; dieser hebt den Fall, in dem die unbeschränkte Haftung nicht eintritt, ganz besonders hervor. Das Wesen des § 27

ist also die Festsetzung der unbeschränkten Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten; eine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten im HGB anzuordnen war überflüssig. Die Haftung aus § 27 ist keine Erbenhaftung im technischen Sinne, sondern eine an bestimmte tatsächliche Merkmale geknüpfte handelsrechtliche Haftung, eine Verschärfung der Haftung nach BGB.

Es stehen sich jedenfalls bei der Fortführung unter der bisherigen Firma die widerstreitenden Interessen des überlebenden Ehegatten und der Gläubiger gegenüber. Die Gläubiger werden natürlich das größte Interesse an einer unbeschränkten Haftung haben. Insbesondere ist dies wünschenswert, wenn der überlebende Ehegatte solvent ist. Ist jedoch dessen eigenes Vermögen nicht sehr groß, so kann ev. die unbeschränkte Haftung, zufolge deren ein Arrest auf das Privatvermögen des Ehegatten möglich ist, für die Gläubiger verhängnisvoll werden. Denn machen einzelne Gläubiger, die an der Kapitalkraft des überlebenden Ehegatten vielleicht ganz mit Recht zweifeln, einen „run“ auf die Firma, so kann der Fall eintreten, daß der Ehegatte nicht in der Lage ist, diesen Verbindlichkeiten allen gleichzeitig nachzukommen. Der Konkurs würde dann unvermeidlich sein. Dabei würden natürlich die „Façonwerte“ des Geschäftes vernichtet werden, jenes Immaterialgut, das zwar keine Handelsware ist, die sich direkt in Geld umsetzen läßt, das aber doch durch die ihm innewohnende werbende Kraft für das Geschäft, solange es besteht, meist einen hohen Wert repräsentiert, während andererseits die im Geschäft steckenden realen Werte nur einen ganz geringen Wert haben (z. B. Agenturgeschäft, Versicherungsgesellschaften). So besteht die Möglichkeit, daß durch einzelue ängstliche Gläubiger der Konkurs heraufbeschworen wird, während es vielleicht im wohlverstandenen Interesse der Gesamtgläubiger liegt,, die Façonwerte zu erhalten, um mit ihrer Hilfe durch eine geeignete Geschäftsführung eine volle Befriedigung der gesamten Gläubiger zu ermöglichen. Der Ehegatte steht also bei dem Erbfall vor der Alternative, sein ganzes eigenes Vermögen zu verlieren oder die Firma des Erblassers aufgeben zu müssen, um nur qua Erbe beschränkbar haften zu können. Daß der Ehegatte und die Nacherben dadurch beträchtlich Schaden nehmen würden, liegt auf der Hand. Der Gesetzgeber war sich dieser Schwierigkeit sehr wohl bewußt und gibt die verschiedensten Kautelen für die unparteiische und gerechte Wahrung der konträren Interessen.

2. Wirkungsgrad der Haftung.

a) Die Frage der Anwendbarkeit des § 25 Abs. 2 auf § 27.

§ 23.

Zunächst gibt das Gesetz folgende analog anzuwendende Bestimmung in § 25 Abs. 2:

> „Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist".

Der Ehegatte kann also, wenn er das Nachlaßgeschäft mit der Firma fortzuführen beginnt, richtiger Ansicht nach, in entsprechender Anwendung des vorstehend zitierten Abs. 2 des § 25 in das Handelsregister eintragen lassen[1]) und den Geschäftsgläubigern mitteilen, daß er die unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ablehne. Aus der Fortführung ergibt sich dann für ihn kein Präjudiz, zufolge dessen er für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften würde, mag sich in Zukunft seine Rechtsstellung qua Erbe gestalten wie sie will.

Zunächst ist es nun bestritten, ob der Abs. 2 des § 25 überhaupt auf den Tatbestand des § 27 Anwendung finden kann. Voraussetzung dieses Absatz 2 ist die „abweichende Vereinbarung" der Kontrahenten. Es scheint nun als sei im Falle der Vererbung eine Vereinbarung regelmäßig nicht möglich; damit wäre auch die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 auf den § 27 auszuschalten. Dies trifft jedoch einmal nicht für den Fall des Erbvertrages zu, der sehr wohl eine Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Ehegatten enthalten kann, wonach der Ehegatte trotz Fortführung nicht oder nur bis zu einem gewissen Grade über die erbrechtliche Haftung hinaus haften solle. Aber wenn man auch von diesem Falle absieht, bleibt trotzdem zu untersuchen, was unter eine „entsprechende Anwendung" zu subsumieren ist.

---

[1]) Wird übrigens bei der Eintragung des Geschäftsüberganges vom Gericht die Bemerkung, daß der Ehegatte die unbeschränkte Haftung ablehne, versehentlich nicht eintragen, so haftet der überlebende Ehegatte den Gläubigern, die in der Zwischenzeit an ihn herantreten, unbeschränkt (aber Regreß gegen den Fiskus!). Denn darin, daß der Ehegatte sich nicht um die Eintragung kümmert, ist nach der Ansicht des RG ein Verschulden zu erblicken. (Akt. Z. I, 461/09).

Es bestehen jedenfalls drei divergierende Ansichten. Die eine Ansicht, die von Goldmann und Lehmann-Ring vertreten wird, bestreitet überhaupt die Möglichkeit einer Anwendung des Abs. 2 des § 25 auf den Tatbestand des § 27. Diese Ansicht argumentiert dahin, daß der Gesetzgeber der Idee der Rechtspersönlichkeit des Handesgeschäftes nur für diejenigen Fälle Rechnung trage, in denen sich ihre Konsequenzen zugleich auch auf die Grundlage eines Willensaktes der Beteiligten stellen lasse. Denn der vom Erben allein ausgehende Entschluß lediglich mit dem Nachlaß beschränkt haften zu wollen, könne jene Vereinbarung nicht ersetzen. Die Kundmachung einer solchen Entschließung des Erbes, würde ebensowenig wie eine Kundmachung des Erben, daß er für die Geschäftsverbindlichkeiten überhaupt nicht haften wolle, von Bedeutung sein. Nach dieser Ansicht ist der Ehegatte also lediglich auf das spatium delibirandi des Abs. 2 § 27 angewiesen. Er muß sich während dieser drei Monate darüber schlüssig werden, ob er das Geschäft weiter führen und damit die unbeschränkte Haftung auf sich nehmen will oder nicht. Es bleibt ihm dann nur die Möglichkeit die Firma oder das Geschäft überhaupt aufzugeben. Der Abs. 2 des § 27 stellt nach dieser Ansicht eine Einschränkung der im Abs. 1 bestimmten entsprechenden Anwendung des § 25 dar.

Zunächst entspricht diese Ansicht nicht der Formulierung des § 27, in dem es heißt die Vorschrift**en** des § 25 finden entsprechende Anwendung. Der Absatz 2 ist also nicht ausgenommen. Ferner ist es nicht zutreffend, wenn dahin argumentiert wird, daß bei rechtsgeschäftlichem Übergang des Handelsgeschäftes die Geschäftsgläubiger im Falle, daß der Erwerber nicht haftet, sich an den früheren Inhaber halten können, während ihnen bei der Vererbung nur der Erbe als solcher hafte. Demgegenüber ist zu betonen, daß auch bei dem Ausschluß der handelsrechtlichen Haftung der Ehegatte qua Erbe immer noch cum viribus hereditatis haftet; der Nachlaß entspricht aber doch in aller Regel dem früheren Vermögen des Inhabers. Die Geschäftsgläubiger sind also absolut nicht schlechter gestellt. Im Gegenteil! Sehr oft würden die Gläubiger gerade dadurch schlechter gestellt sein, daß dem Ehegatten nicht die Möglichkeit geboten würde, die Firma ohne eine unbeschränkte Haftung fortzuführen. Denn zunächst steht fest, daß in allen denjenigen Fällen, in denen der Ehegatte überhaupt vor die Alternative gestellt ist, ob er das Geschäft unter der alten Firma fortführen und damit unbeschränkt haften soll oder nicht, der Nachlaß insolvent sein wird. Dabei ist es jedoch sehr wohl möglich, daß die Firma nach außen einen guten Ruf bei den Kosumenten ge-

nießt. Das sind Werte, die sich kapitalisieren lassen, die jedoch durch die Aufgabe der Firma unrettbar verloren sein würden. Ist dem überlebenden Ehegatten genügend Zeit gegeben seine Persönlichkeit und seine Fähigkeiten resp. diejenigen tüchtiger Angestellter einzusetzen, um diese „Façonwerte" für die Befriedigung der Gläubiger nutzbar zu machen, so kann dies nur im eigensten Interesse der Gläubiger liegen. Allerdingst drei Monate sind dafür in der Regel zu kurz, und unter eigener Firma wird der Versuch meist mißlingen. Es ist unverhältnismäßig viel leichter den Ruf einer bestehenden Firma auszunutzen als ihn einer neuen Firma zu erwerben; man weiß wie die Kundschaft an der Firma hängt und nicht an deren Inhaber, den sie meist überhaupt nicht kennt. Darum ist es sicherlich das richtigste die alte Firma zu erhalten und unter tüchtiger Leitung eine normale Abwickelung der Geschäfte zu sichern. Der wirklich geschäftstüchtige Teil der Gläubigerschaft wird dies sicher selbst auch erstreben und durch Gewährung weiteren Kredites zu unterstützen suchen. Denn der Kredit einer Firma bemißt sich zwar meist nach dem bewährten Rufe derselben; aber gerade für den Kredit ist auch die Persönlichkeit des Leiters ausschlaggebend. Denn die Handelswelt weiß sehr bald, ob hinter der Firma auch eine tüchtige kaufmännische Kraft steht, und der Ruf derselben, mag er noch so glänzend sein, ist in ganz kurzer Zeit verloren, wenn dieselbe unter unfähige Leitung kommt. Bei tüchtiger Leitung bleibt der gute Ruf; neue ideelle und doch realisierbare Werte werden der Firma hinzuerworben.

Also aus praktischen Gründen sowie auch nach dem Wortlaute des Gesetzes dürfte dieser Ansicht von Goldmann und Lehmann-Ring nicht beizutreten sein. Sicher muß den widerstreitenden Interessen des Ehegatten und der Gläubiger unparteiisch d. h. ohne Schaden für eine der Parteien Rechnung getragen werden.

b) Die Grenzen dieser Anwendung.

§ 24.

Der Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen liegt eben in einer analogen Anwendung des § 25 auf den § 27. Es fragt sich dabei jedoch, wieweit dieser Schutz des Abs. 2 § 25 gegen die unbeschränkte Haftung reicht, wieweit ihn der Ehegatte durchsetzen kann und welche Folgen sich daran knüpfen. Hierüber stehen sich zwei Ansichten scharf gegenüber.

Die eine Ansicht[1]) verlangt neben einer einseitigen Erklärung des überlebenden Ehegatten zum Handelsregister eine testamentarische Erklärung des Erblassers, während nach der anderen[2]) regelmäßig die einseitige Erklärung des Ehegatten genügen würde.

Die Kernfrage ist dabei die, ob der Effekt der unbeschränkten Haftung aus der „Vereinbarung" oder unmittelbar aus der „Rechtslage" resultiert.

Düringer-Hachenburg stellen jedenfalls auf die Vereinbarung ab. Dieselbe ist also dann in zwei Fällen möglich. Einmal erbvertragsmäßig; hier kann ganz analog der Vereinbarung unter Lebenden zwischen dem Erblasser und seinem überlebenden Ehegatten festgesetzt werden, daß der letztere auch bei Fortführung der Firma nur beschränkt haften solle. Ferner könne zulässigerweise eine derartige Bestimmung auch durch Testament des Erblassers getroffen werden. Der Anspruch der Geschäftsgläubiger darauf, daß der Rechtsnachfolger im Geschäft ihnen persönlich mit seinem ganzen Vermögen haftbar werde, sei nicht unentziehbar. Wie beim Übergang unter Lebenden der vertragsschließende Teil könne deshalb auch der Erblasser verfügen, daß die gesetzlichen Folgen der Fortführung unter der bisherigen Firma ausgeschlossen sein sollen. Dagegen sei eine einseitige Erklärung des Ehegatten zum Handelsregister, daß er für die bisherigen Schulden nur mit dem Nachlasse haften wolle, wirkungslos. Düringer-Hachenburg halten eine entsprechende Anwendung insofern für ausgeschlossen, als sie zu einer Wirksamkeit einer einseitigen Erklärung des überlebenden Ehegatten führen würde. Dies entspreche nicht der im Abs. 2 § 27 normierten ratio legis. Es sei offenbar der Sinn des Gesetzes, daß die besondere Möglichkeit die Haftung zu beschränken, zu einer sich schon aus § 25 ergebenden Befugnis des Erben, die Haftung zu beschränken, hinzutreten solle. Die Beschränkungsmöglichkeit des § 27 Abs. 2 hätte neben einer solchen allgemeinen Befugnis gar keine praktische Bedeutung. Dieser Ansicht ist m. E. nicht beizutreten und zwar aus folgenden Gründen: Nach der Ansicht von Düringer-Hachenburg ist die Prämisse für die beschränkte Haftung bei dem Erwerbe des Geschäftes unter Lebenden die „Vereinbarung". Dies trifft jedoch nicht zu. Die Wirkung der Haftungsbeschränkung ist nicht an die Vereinbarung als solche geknüpft. Nicht diese ist es,

---

[1]) Düringer-Hachenburg § 27.

[2]) Staub § 27 Anm. 11.

die dem Successor den Vorteil der beschränkten Haftung verschafft. Dieser Vorteil ist vielmehr eine Folge der Rechtslage an und für sich. Diese Rechtslage wird dann je nach den tatsächlichen Verhältnissen eine verschiedene Wirkung auf den Willen des Successors ausüben. Er kann entweder die Übernahme der Haftung wählen; er kann sie aber auch ablehnen. Für die Entschließung wird nicht zum wenigsten der Kaufpreis maßgebend sein. Die Entschließung des Successors wird dann in der Regel allerdings in einer „Vereinbarung" Ausdruck finden, die dann geeignet ist die gesetzliche Vermutung, daß der Sukzessor soweit als möglich in die Verbindlichkeiten des Erblassers eintreten wolle, zu entkräften.

Daß die „Vereinbarung" nach außen hin natürlich erkennbar gemacht werden muß, ist klar. Denn es ist doch nicht mehr wie recht und billig, daß die Gläubiger erfahren, wie sich ihr Verhältnis zu dem neuen Inhaber gestalten wird. Das Gesetz bestimmt daher: „Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist".

Diese Vorschriften sind dann entsprechend auch auf den Fall der Vererbung zu übertragen. Hier ist es natürlich, abgesehen vom Erbvertrag, keine Vereinbarung, in deren Bekanntmachung die Stellung des Erben zur Rechtslage an und für sich ihren Ausdruck findet, sondern eine einseitige Erklärung; auch hier verschafft die Rechtslage an und für sich dem Ehegatten den Vorteil der beschränkten Haftung. Mit der Übernahme derselben hat er sich dann auch für die Annahme der Erbschaft entschieden; durch die Erklärung nur beschränkt, wie ein Erbe haften zu wollen, hat er implicite seinen Annahmewillen erklärt. Eine Ausschlagung der Erbschaft ist damit nur dann noch möglich, wenn eine Anfechtung der Annahme aus allgemeinen Rechtsgründen gegeben ist. Der Ehegatte haftet nunmehr wie ein Erbe, der die Rechtswohltat des Inventars noch nicht verloren hat. Die Haftung ist also eine beschränkbare und kann durch die Verwirkung des Inventarrechtes (aus anderen Gründen) in die unbeschränkte Haftung übergehen trotz der Eintragung nur beschränkt haften zu wollen. Die Eintragung oder Mitteilung schließt bloß die aus der Fortführung der Firma sich ergebende unbeschränkte Haftung aus, jedoch nicht die Haftung qua Erbe[1]).

[1]) Vgl. Staub § 27 Anm. 11 u. 12.

Die hier vertretene Ansicht entspricht sicherlich auch am allermeisten dem praktischen Bedürfnis und trifft eine unparteiische Regelung, die weder den Gläubigern noch dem Ehegatten oder den Nacherben schadet. Denn der Ehegatte ist, um seine unbeschränkte Haftung auszuschließen, nicht gezwungen, entweder die Firma aufzugeben und das Geschäft unter eigener Firma zu betreiben oder es nach drei Monaten ganz aufzugeben. Dadurch würden im einen wie im anderen Falle eine Reihe wirtschaftlicher Werte ganz zwecklos vernichtet werden müssen. Diese Werte bleiben dem Ehegatten und den Nacherben und außerdem auch den Gläubigern erhalten, wenn der Ehegatte nur cum viribus hereditatis haftet. Die Stellung der Gläubiger wird dadurch, wie bereits nachgewiesen, absolut nicht schlechter wie beim Übergang des Geschäftes unter Lebenden. Düringer-Hachenburg sind der Ansicht, daß eine solche allgemeine Befugnis neben der Einstellungsfrist gar keine praktische Bedeutung habe. Dem ist jedoch nicht so. Beide Vorschriften nebeneinander sind nicht überflüssig; es besteht absolut kein Grund annehmen zu müssen, § 27 Abs. 2 trete an die Stelle von § 25 Abs. 2. Denn führt der Ehegatte das Geschäft in dem Glauben, dasselbe sei hochrentabel und stehe finanziell auf einer sicheren Grundlage, unter der alten Firma fort, so wäre ihm nur durch § 27 Abs. 2 zu helfen, wenn er sich bei der Übernahme des Geschäftes schwer getäuscht hat. Und bis der Ehegatte erfährt, daß er sich getäuscht hat, ist diese Frist vielleicht schon verstrichen. Bei einem ausgedehnten Betriebe in drei Monaten zu beurteilen, ob derselbe rentabel ist, wird selten möglich sein. Sehr oft wird sich die Rentabilität erst aus einer Bilanz ergeben. Es wäre also eine Unbilligkeit, von dem überlebenden Ehegatten den Sprung ins Dunkle zu verlangen, durch den er ev. sein ganzes eigenes Vermögen verlieren könnte.

Auch für den Fall, daß der Ehegatte weiß, daß das Geschäft finanziell nicht ganz gesichert ist, wäre das Risiko groß, das ihm durch eine unbeschränkte Haftung aufgebürdet würde. Vielleicht ist bei richtiger und sachgemäßer Leitung eine wirtschaftliche Besserung sehr wohl möglich und wahrscheinlich. Allerdings drei Monate sind wiederum viel zu kurz! Der Ehegatte wird lieber die ganzen Chancen der Geschäftes nutzlos preisgeben, wodurch vielleicht gerade die Gläubiger am schwersten geschädigt werden. Die herrschende Meinung, die die hier vertretene Ansicht verwirft, verfährt wohl doch zu formalistisch, ohne sich der praktischen Konsequenzen bewußt zu werden. Mutatis mutandis gilt auch hier der Ausspruch Strohals: „Ohne klare Vorstellung von der praktischen Funktion der Rechtssätze gibt es keine

fruchtbare Jurisprudenz. Die Ermittelung von Rechtswahrheiten für den luftleeren Raum bringt uns nicht weiter[1]).

3. Die Einstellungsfrist.

a) Begriff der Einstellung.

§ 25.

Wir haben schon oben gesehen, daß eine strenge Durchführung des Grundsatzes der unbeschränkten Haftung eine große Härte bedeuten würde. Insbesondere müßte sich ohne spatium deliberandi der Ehegatte beim Erbfall alsbald entscheiden, ob er das Handelsgeschäft überhaupt fortführen und damit unbeschränkt haften will oder nicht. In den allermeisten Fällen würde der Ehegatte eine Entscheidung treffen müssen, deren Tragweite er nicht zu übersehen vermag. Auch das Recht, die Erbschaft innerhalb der Ausschlagungsfrist ausschlagen zu können, würde dem Ehegatten keinen hinreichenden Schutz gewähren, denn diese Frist ist für die Fassung eines Entschlusses über die Fortführung in der Regel ungenügend. Das Gesetz gewährt daher ein längeres spatium deliberandi:

> „Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäftes vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erhält, eingestellt wird."

Dadurch kann der Ehegatte zunächst einmal, ohne gegen sich ein Präjudiz zu schaffen, das Geschäft drei Monate lang fortführen. Während dieser Zeit muß er sich dann schlüssig werden. Dies ist in dreifacher Weise möglich. Läßt sich alsbald übersehen, daß die Firma derart überschuldet ist, daß einerseits eine Besserung kaum zu erhoffen ist, andererseits aber Gefahr besteht, daß der Ehegatte selbst sein eigenes Vermögen durch eine unbeschränkte Haftung nutzlos opfern würde, dann wird er wohl den Betrieb einstellen; ein Schaden wird in diesem Falle weder ihm noch den Nacherben erwachsen. Damit haftet er dann nur beschränkbar qua Erbe cum viribus hereditatis. Ferner kann es zweifelhaft sein, ob die Fortführung die Übernahme der unbeschränkten Haftung lohne, wenn auch immerhin die Möglichkeit, ja die Wahrscheinlichkeit der Besserung besteht; der Ehegatte wird als-

[1]) Dtsche. Jur.-Ztg. 1909 S. 1033 1034.

dann in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 den Gläubigern seinen Entschluß nur beschränkt haften zu wollen kundtun und versuchen, ob sich das Geschäft halten läßt. Die dritte Möglichkeit ist die, daß von vornherein erhellt, daß die Firma sehr stark ist; dann wird sich der Ehegatte natürlich für die definitive Fortführung entscheiden.

Die Tatsache, die für die Aufhebung der unbeschränkten Haftung entscheidend ist, ist die Einstellung der Fortführung. Staub[1]) verlangt die völlige Einstellung des Betriebes, wobei er in der Veräußerung eine Einstellung nicht sieht. Es ist aber doch wohl sehr fraglich, ob man dieser Ansicht beitreten soll. Denn nach dem Wortlaute des Gesetzes braucht unter Einstellung nicht die radikale Aufgabe des Betriebes verstanden zu werden. Unter Fortführung ist hier nicht jede, sondern die genau bestimmte des § 27 verstanden; die Fortführung unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz. Die Firma ist also von dem Ehegatten unverändert zu lassen, insbesondere darf er weder Teile ausscheiden noch andere Zusätze als solche beifügen, die das Nachfolgeverhältnis andeuten. Selbst in einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze kann eine Änderung der Firmierung zu erblicken sein, wenn die neue Firmierung zwar einen bewußten Hinweis auf die bisherige Firma enthält, jedoch das Bestreben zu erkennen ist, die neue Firma von der alten zu unterscheiden (z. B. Carl Müller selige Wittib).

Die unbeschränkte Haftung ist also nur dann gegeben, wenn deren Grundlagen mit allen ihren Tatbestandsmerkmalen noch am Schlusse der Einstellungsfrist vorhanden sind. Die Fortführung gilt also als eingestellt, wenn nunmehr ein Tatbestandsmerkmal wegfällt. Es sind demnach wohl auch die Veräußerung des Geschäftes oder die Aufgabe der Firma als Einstellung anzusehen. Es werden sich sehr oft in der Praxis Gründe ergeben, die die eine oder andere der beiden Möglichkeiten geboten erscheinen lassen werden. Der Ehegatte ist vielleicht absolut nicht befähigt das Geschäft fortzuführen. Es liegt dann sicherlich nicht im Sinne des Gesetzgebers von dem Ehegatten zu verlangen, das Geschäft aufzulösen, um der unbeschränkten Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten zu entgehen. Es wäre widersinnig, die Einstellung des ganzen Betriebes zu verlangen, da dies

[1]) S. 155 N. 24.

auch ganz gegen die Interessen der Gläubiger wäre. Denn der Erlös aus den toten Produktivmitteln würde sicherlich viel geringer sein als der aus dem Verkauf der ganzen Firma. Und dann haftet der Ehegatte doch auch den Nachlaßgläubigern gegenüber für die Aufgabe dieses Nachlaßbestandteiles nach § 1978. Der Erlös gehört dann zur Nachlaßmasse. Ebenso steht es auch mit der Ablegung der alten Firma. Die alte Firma genießt vielleicht gar keinen Kredit, während der Ehegatte ein großes eigenes Vermögen besitzt und demzufolge die Fortführung des Geschäftes unter seinem eigenen Namen viel leichter sein würde.

Jedenfalls ist die ratio legis die, daß der Ehegatte sich während des spatium deliberandi über die Lage des Geschäftes orientieren und dadurch eine sichere Grundlage für seine Entschlüsse gewinnen soll. Dieses Provisorium soll ohne jede Folge für ihn sein. Es besteht kein Grund für die Annahme der unbeschränkten Haftung, wenn es dem Ehegatten vor Ablauf der Einstellungsfrist gelingt, das Geschäft zu veräußern oder zu verpachten oder die Firma abzulegen. Staub meint zwar[1]): „Heimst er (sc. der Erbe) aber die Vorteile des Weiterbetriebes des Geschäftes und der Fortführung der Firma ein, so ist auch kein gesetzgeberischer Grund vorhanden, ihm den Nachteil der unbeschränkten Haftung abzunehmen, wenn er sie etwa auf andere Weise abgewendet hat." Es besteht aber ebensowenig Grund, sich der Ansicht Staub's anzuschließen. Staub will darauf hinweisen, daß der Erbe, der das Geschäft verkauft oder verpachtet, indirekt durch den Entgelt, den er erhält, Vorteil aus der Weiterführung durch Dritte zieht. Man muß jedoch hiergegen darauf hinweisen, daß der § 27 doch den Schutz der Gläubiger bezweckt. Ist der Nachlaß imstande, die Verbindlichkeiten gegen dieselben zu tragen, so hat der Vorteil, den der Ehegatte aus dem Verkauf oder der Verpachtung zieht, für sie gar kein Interesse. Ist der Nachlaß überschuldet — und das wird bei der Einstellung die Regel sein —, so würde gerade der größere Erlös den Gläubigern zugute kommen.

Jedenfalls genügt es also, wenn eine Einstellung der Fortführung durch den Erben vorliegt; es ist keine Liquidation oder eine Einstellung des Geschäftsbetriebes erforderlich.

---

[1]) § 27 Anm. 24.

b) Wirksamkeit der von dem Ehegatten während des spatium deliberandi vorgenommenen Rechtsgeschäfte.

§ 26.

Für die während des spatium deliberandi vorgenommenen Rechtsgeschäfte haftet im allgemeinen der Ehegatte persönlich, soweit nicht der Abs. 2 des § 1959 entgegensteht.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen Verfügungen, die ohne Nachteil für den Nachlaß nicht verschoben werden können, und solchen, die verschoben werden können. Dem Ehegatten steht nur bezüglich der ersteren ein endgültiges Verfügungsrecht zu, ohne daß er daraus persönlich haften müßte (z. B. Bezahlung der Kosten für die Beerdigung des Erblassers). Nimmt der Ehegatte eine Verfügung über Nachlaßgegenstände vor, die ohne Nachteil für die Erbschaft verschoben werden konnte, ist das normaler Weise eine pro herede gestio (s. aber §§ 1949 Abs. 1 und 1959). Schlägt er also demnächst die Erbschaft aus, so ist er demjenigen gegenüber, der Erbe wird, d. h. also den Nacherben wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet.

Der Dritte, der während des spatium deliberandi mit dem Ehegatten kontrahiert, wird natürlich in seinem guten Glauben geschützt (BGB. § 932). Ferner bleiben die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches (§ 892 BGB.), sowie die für den Erbschein geltenden (§§ 2366, 2367 BGB.) und die aus § 1959 Abs. 2 und 3 sich ergebenden Vorschriften aufrecht[1]).

c) Lauf der Frist.

§ 27.

Das spatium deliberandi läuft nach der Bestimmung des § 27 HGB von dem Zeitpunkt an, „in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt" und beträgt drei Monate. Indessen sind einige Modifikationen möglich, welche die Dauer der Frist über die Normaldauer von drei Monaten hinaus verlängern.

1. Zunächst finden auf den Lauf der Frist die Vorschriften des § 206 BGB. Anwendung. Fehlt also die gesetzliche Vertretung des geschäftsunfähigen oder des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten, so beginnt die Fristerst mit der Behebung dieses Mangels zu laufen. Natürlich beträgt dieselbe nicht 6, sondern 3 Monate (entsprechende Anwen-

[1]) Wie hier: Goldmann; ferner Jaeger (S. 4); a. A., Staub.

dung). Diese Vorschrift wird also praktisch werden, wenn der gesetzliche Vertreter des Ehegatten, der die Fortführung begann, vor Ablauf der drei Monate aufhört Vertreter zu sein; ferner wenn der Ehegatte selbst die Fortführung beginnt, aber während des spatium deliberandi aus irgend einem Grunde entmündigt wird.

2. Der Absatz 2 des § 27 bestimmt ferner:

Ist beim Ablaufe der drei Monate das Recht der Ausschlagung nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Es sind vier Fälle denkbar:

a) § 1944 Abs. 3: Die Frist beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe beim Beginn der Frist im Auslande befindet.

b) § 1944 Abs. 2 Satz 1: Wenn der Ehegatte von dem Berufungsgrunde so spät Kenntnis erhält, daß dadurch die Ausschlagungsfrist über drei Monate seit der Kenntnis von dem Erbfall hinaus dauert; denn für den Beginn der Einstellungsfrist ist nur die Kenntnis des Erbfalles, für den Beginn der Ausschlagungsfrist dagegen aber auch die Kenntnis des Berufungsgrundes erforderlich.

c) § 1944 Abs. 2 Satz 2: Der Ehegatte, der durch Verfügung von Todes wegen berufen ist, hat bereits vor Verkündigung der Verfügung von Todes wegen Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft erhalten.

d) § 2306: Der Erbteil des Ehegatten ist größer als sein Pflichtteil, ist aber durch die Nacherbeinsetzung beschränkt. Der Ehegatte kann alsdann unter Ausschlagung des Erbteiles seinen Pflichtteil verlangen. Hier beginnt die Ausschlagungsfrist erst mit der Kenntnis der Beschränkung.

3. Wird von dem Nachlaßgerichte gemäß §§ 1960, 1961 ein Nachlaßpfleger bestellt, der dem Ehegatten die Fortführung des Geschäftes abnimmt, so wird der Ehegatte durch den Ablauf der drei Monate nicht präjudiziert. Führt der Ehegatte nach erledigter Pflegschaft (wenn auch mittlerweile die Frist abgelaufen ist) das Geschäft wieder selbst fort, so kann er nunmehr bekannt machen, daß er nur beschränkt haften wolle. Der abgelaufene Teil der Frist rechnet natürlich auch für ihn; er muß daher sofort ausschlagen, da er eine weitere Überlegungsfrist nicht hat. Dies kann er auch sehr wohl da durch die Pflegschaft die Lage des Geschäftes so weit geklärt sein wird, daß er sich billiger Weise entschließen kann.

4. Stirbt der Ehegatte während der Frist, so läuft dieselbe für die Nacherben nicht weiter; es beginnt für sie eine neue Einstellungsfrist zu laufen und zwar mit der Kenntnis des Anfalles an sie.

IV.

Die praktischen Folgen der unbeschränkten Haftung.

§ 28.

1. Der Ehegatte kann, wenn er aus einer früheren Geschäftsverbindlichkeit in Anspruch genommen wird, sich in dem gegen ihn ergehenden Urteile nicht das Recht vorbehalten lassen, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Er kann also die Vollstreckungsgegenklage nicht anstrengen, wenn der Gläubiger in sein Privatvermögen vollstrecken läßt (ZPO § 780).

2. Die Geschäftsgläubiger können durch das Aufgebotsverfahren nicht präkludiert werden, was sonst den Regelfall bildet. Das Aufgebotsverfahren ist gegen die Geschäftsgläubiger nicht zulässig. Nach § 2016 geht der Ehegatte auch der dilatorischen Einrede des § 2015 Abs. 1 verlustig und muß die Zwangsvollstreckung wegen der Geschäftsschulden wie in das Geschäft so auch in den ganzen Nachlaß dulden (BGB. § 2016 Abs. 1; ZPO § 287). Er darf dabei nur unter der Voraussetzung, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche, die Geschäftsgläubiger auf Kosten des Nachlasses befriedigen. Sobald er jedoch davon Kenntnis erhält, daß der Nachlaß unzureichend ist, muß er unverzüglich die Konkurseröffnung beantragen, widrigenfalls er den Nachlaßgläubigern schadenersatzpflichtig wird und, sofern er die Berichtigung aus seinem eigenen Vermögen bewirkt hat, im Nachlaß keinen bevorzugten Anspruch hat, sondern nur an die Stelle des befriedigten Gläubigers tritt.

3. Die Vorschrift des § 1984 BGB. Abs. 1 Satz 3, wonach ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden kann, gilt für die Geschäftsgläubiger nicht; sie sind zur Einklagung gegenüber dem überlebenden Ehegatten befugt. Andererseits wird dadurch diesem das Recht nicht genommen, die Nachlaßverwaltung herbeizuführen, solange er nicht allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftet.

III. Hauptstück.

Der Fall der Nacherbfolge und seine Wirkungen.

A. Die Herausgabepflicht des überlebenden Ehegatten.

§ 29.

„Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf Erbe zu sein und fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 1239)."

Wann der Fall der Nacherbfolge eintritt hängt ganz von dem Willen des Erblassers ab. Der überlebende Ehegatte kann nicht vor dem Eintritt des durch die Bestimmung des Erblassers festgesetzten Zeitpunktes des Falles der Nacherbfolge seine Vorerbenstellung aufheben. Eine Vereinbarung zwischen ihm und den Nacherben über eine frühere Herausgabe der Erbschaft würde das Verhältnis des überlebenden Ehegatten zu Gläubigern und Schuldnern nicht berühren. Er bleibt nach wie vor bis zum Falle der Nacherbfolge legitimiert ja sogar noch über denselben hinaus bis zu dem Augenblick, in dem er von dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge Kenntnis erlangt oder ihn kennen muß (§ 2140).

Nunmehr ist er zur Herausgabe und ev. zur Rechenschaftslegung verpflichtet. Abgesehen von dem Falle des Zurückbehaltungsrechtes, des Rechtes zur Wegnahme einer Einrichtung, sowie dem Falle, daß der überlebende Ehegatte selbst wieder Nacherbe ist (z. B. wenn die „gesetzlichen Erben" zu Nacherben berufen sind), hat der überlebende Ehegatte die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, „der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt". Was zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehört, hat das Gesetz mit Ausnahme der §§ 2119 und 2123 nicht näher bestimmt. In den §§ 2139—2132 wird jedoch das grundsätzliche Maß der Verantwortlichkeit des Vorerben angegeben und seine Pflicht zur Rechenschaftslegung bestimmt. Hiermit ist aber auch zugleich bestimmt, in welcher Weise die Verwaltung der Erbschaft bei Meidung einer Haftung gegenüber den Nacherben zu führen ist[1]).

Es entscheidet also in der Regel die Anschauung des Lebens. Jedenfalls hat der überlebende Ehegatte in Ansehung der Verwaltung im allgemeinen für diligentia quam suis einzustehen. In speziellen

---

[1]) Staudinger Bd. 5 §§ 2130—2135 N. I; Planck Bd. 5 § 2130 N. 1; vgl. Prot. Bd. 5 S. 9596.

für das Handelsgeschäft sind dann noch die Vorschriften des vierten Abschnittes des ersten Buches des HGB maßgebend.

B. Haftung der Nacherben.

§ 30.

Die Nacherben rücken mit dem Falle der Nacherbfolge ipso jure in die Erbenstellung ein und zwar als Miterben. In § 2023 BGB. heißt es:

„Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben."

Es entsteht also eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Eine Verfügung über den Anteil an einem einzelnen Nachlaßgegenstand ist damit ausgeschlossen, jedoch ist mit Rücksicht auf die wesentlich vorübergehende Natur der Erbengemeinschaft eine Verfügung über den Anteil eines Miterben am Nachlaß von dem Gesetzgeber ausdrücklich zugelassen.

Nach § 2033 kann jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse verfügen. Ist also das Handelsgeschäft der einzige Inhalt des Nachlasses, so kann jeder der Erben seinen Anteil verfügen. Er kann seinen Anteil am Geschäft verkaufen, wobei die Bestimmung des § 2034 beachtlich ist, wonach die übrigen Miterben ein vererbliches Vorkaufsrecht haben, das jedoch innerhalb zweier Monate ausgeübt werden muß.

Besteht der Nachlaß jedoch nicht allein in dem Handelsgeschäft, so kann der Miterbe nicht über seinen Anteil am Geschäft allein verfügen. Dieser Anteil ist vielmehr ein einzelner Nachlaßgegenstand im Sinne des § 2033 Abs. 2. Die Miterben können dann nur gemeinschaftlich über das hinterlassene Handelsgeschäft verfügen. In übrigen finden auf das Verhältnis der Erben untereinander die Vorschriften der §§ 2032—2057 BGB. Anwendung.

Besonderer Würdigung bedürfen für den vorliegenden Fall noch die Haftungsgrundsätze, denen die Miterben unterliegen. Auch hier ist wieder eine Zweiteilung in der Richtung zu machen, ob das Geschäft unter bisheriger Firma fortgeführt wird oder nicht.

I.

Die Fortführung unter der alten Firma.

§ 31.

Führen die Miterben das Geschäft unter der alten Firma fort, so können sie zunächst, wie der Alleinerbe, von vornherein durch Eintragung oder Mitteilung die unbeschränkte Haftung ablehnen. Machen sie von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so haben sie immer noch das spatium delibrandi des § 27. Während dieser Frist bedeutet die Fortführung des Handelsgeschäftes durch die Miterben lediglich einen Akt der Verwaltung des Nachlasses. Bis zur Verteilung des Nachlasses kann jeder Miterbe, wenn er beschränkt haftet, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen verweigern, das er außer seinem Anteil am Nachlasse hat, d. i. aus seinem sonstigen Vermögen. Der Zwangsvollstreckung in seinen Erbteil kann er jedoch nicht widersprechen (ZPO § 859). Haftet er aber für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt — sei es allgemein, sei es dem bezüglichen Gläubiger gegenüber — so steht ihm das Recht, die Vollstreckung auf den Nachlaß einzuschränken, nur insofern zu, als der Gläubiger mehr als die seinem Erbteil entsprechende Quote beitreibt. Bezüglich dieser Quote muß er sich die Zwangsvollstreckung in sein eigenes Vermögen gefallen lassen. Die Fortführung des Geschäftes über die Teilung des Nachlasses hinaus begründet dann die Haftung der Miterben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nach § 2058, ohne daß man die stillschweigende Begründung einer offenen Handelsgesellschaft annehmen muß. Es hängt dies ganz von dem Einzelfall ab. Wenn die Nacherben z. B. minderjährige Kinder sind, so kann man schlechterdings keinen stillschweigenden Vertragsabschluß annehmen, da hierzu die Mitwirkung der Pfleger für die Kinder erforderlich wäre. Denn die offene Handelsgesellschaft kann nicht ohne jeden Vertrag etwa durch einen tatsächlichen Zustand zustandekommen.

Besonderer Beleuchtung bedarf ferner noch der Fall, wo unter den Miterben eine Einigung darüber nicht erzielt werden kann, ob das Handelsgeschäft weiter geführt werden soll oder nicht. Bei widerstreitenden Meinungen gibt Staub[1]) denjenigen Recht, die die Fortsetzung verlangen. Er sieht in der Einstellung einen Akt der Verwaltung und diese stehe den Erben nur gemeinschaftlich zu. Der

[1]) § 97 Anm. 27.

Miterbe, der das Präjudiz der unbeschränkten Haftung umgehen wolle, müsse die Erbschaft ausschlagen. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten, denn es fragt sich doch sehr, ob in allen Fällen die Fortführung des Geschäftes zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses gehört. Die Fortführung kann nicht einmal als eine zur Erhaltung des Nachlasses schlechterdings geeignete Maßregel bezeichnet werden. Die Erhaltung der Firma bedeutet zwar die Erhaltung des status quo, es kann aber dessen ungeachtet dem Nachlasse sehr großer Schaden daraus entstehen, sodaß also von einer Erhaltung im Sinne des § 2038 keine Rede sein kann. Ferner ist zu beachten: Die unbeschränkte Haftung aus § 27 zessiert lediglich dann, wenn die Fortführung durch den Erben eingestellt wird, also bei einer Einstellung im Sinne des § 25 HGB. Nicht das objektive Aufhören des Geschäftes ist die Prämisse. Es ist also nur logisch, wenn jedem der Miterben die Befugnis zugesprochen wird, seinerseits das Aufhören der Fortsetzung des Betriebes herbeizuführen, für seine Person die unbeschränkte Haftung abzulehnen, indem er innerhalb des spatiums deliberandi seinen Einstellungswillen kund tut. Wenn auch für den Fall, daß die gemeinsame Fortführung wirklich zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist, der einzelne Miterbe den anderen zur Mitwirkung obligatorisch verpflichtet ist, so kann er trotzdem mit Wirkung für sich die Fortführung des Geschäftes einstellen. Denn es handelt sich für ihn mit Rücksicht auf die unbeschränkte Haftung doch um mehr als lediglich eine Verwaltungshandlung; es sollen bei der ordnungsmäßigen Verwaltung eines Sondervermögens Verbindlichkeiten grundsätzlich nur insoweit eingegangen werden, als deren ordnungsmäßige Befriedigung aus dem Sondervermögen erfolgen kann. Wenn also auch der einzelne Miterbe für seine Person die Fortführung einstellen kann, so kann er gleichwohl seine Einwilligung zur Fortführung durch einen oder mehrere Miterben erteilen; er hat dann seiner obligatorischen Verpflichtung zur Mitwirkung Genüge geleistet, ohne jedoch die unbeschränkte Haftung auf sich nehmen zu müssen. Dann stützt sich die Geschäftsfortführung der übrigen Miterben auf eine Auseinandersetzung mit der Gesamterbengemeinschaft; sie stellt einen Erwerb unter Lebenden dar (im Sinne des § 25 HGB). Die das Geschäft unter der bisherigen Firma weiter betreibenden Miterben treten danach in die unbeschränkte Haftung für die erblasserischen Schulden ein und können die Verstrickung ihres eigenen Vermögens für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur nach Maßgabe des § 25 Abs. 2 HGB abwenden, insbesondere durch Eintragung

einer abweichenden Vereinbarung in das Handelsregister und deren Bekanntmachung[1]).

II.

Die Fortführung unter einer neuen Firma.

§ 32.

Führen die Nacherben das Geschäft unter einer neuen Firma fort, ohne das für sie ein besonderer Verpflichtungsgrund im Sinne des § 25 Abs. 3 vorliegt, so ist ihre Haftung nur die gewöhnliche Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem bürgerlichen Rechte (§§ 2058—2063). Gibt ein einzelner Miterbe die Passivübernahme bekannt, so wird nur er persönlich daraus verpflichtet. Der Fortführung des Geschäftes ohne die bisherige Firma kann in der Regel der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nicht entnommen werden. Ist das spatium deliberandi des § 27 abgelaufen und führt die Erbengemeinschaft das Geschäft länger fort als zur Auseinandersetzung unter den Miterben erforderlich ist, dann wird allerdings die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft unter den Miterben anzunehmen sein, wenn auch die Bildung der offenen Handelsgesellschaft in der Regel einen Vertrag voraussetzt. (BGB. § 705; HGB § 105). Aber dessen ungeachtet ist doch ein Vertragsschluß durch concludente Handlung möglich.

Einen besonderen Fall stellt noch die Überlassung des Handelsgeschäftes im Wege der Erbteilung an einen Erben oder einen Teil der Erben dar. Darin liegt eine Veräußerung des Handelsgeschäftes unter Lebenden; es greifen daher die Vorschriften des § 25 HGB durch. Auch hier ist wieder in der Veräußerung die Einstellung des Betriebes von seiten der veräußernden Erben zu erblicken, durch die ihre Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten beschränkt wird. Natürlich wird dadurch ihre erbrechtliche Haftung nicht berührt; von dieser werden sie durch die Veräußerung nicht befreit. Es kommt ihnen lediglich die Verjährungsfrist des § 26 zugute.

[1]) Kreß, Die Erbengemeinschaft 1903, S. 159; Strohal Bd. 2 § 64c S. 91; Düringer-Hachenburg § 27, V, 1 Anm. 11 Abs. 3; KGJ 29 S. A 83.